

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO**

ALINE PEREIRA HAUBERT

A RESTRIÇÃO DA EXTENSÃO DA COISA JULGADA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

**Florianópolis
2012**

Aline Pereira Haubert

A restrição da extensão da coisa julgada na ação civil pública

Trabalho de Conclusão submetido ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito, nas áreas de Direito Processual Civil e Direito Constitucional.

Orientadora: Danielle Annoni

Florianópolis
2012

Aline Pereira Haubert

A restrição da extensão da coisa julgada na Ação Civil Pública

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharel de Direito pela Universidade
Federal de Santa Catarina, aprovado com
_____.

Florianópolis, Santa Catarina. ____ de _____ de 2012.

Professora Orientadora Doutora Danielle Annoni

Coordenadora do Curso Mestre Juliana Wülfig

Aline Pereira Haubert

A restrição da extensão da coisa julgada na Ação Civil Pública

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharel de Direito pela Universidade
Federal de Santa Catarina, aprovado com
_____.

Florianópolis, Santa Catarina. ____ de _____ de 2012.

Professora Orientadora: Doutora Danielle Annoni

Membro da Banca Examinadora: Walmor Alves Moreira

Membro da Banca Examinadora: Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa

O erro não se torna verdade por
se difundir e multiplicar
facilmente. Do mesmo modo a
verdade não se torna erro pelo
fato de ninguém a ver

Mahatma Gandhi

O verdadeiro democrata é
aquele que defende sua
liberdade, a de sua pátria e
da humanidade, com meios
não violentos.

Mahatma Gandhi

RESUMO

A presente monografia tem o propósito de analisar a restrição da coisa julgada na Ação Civil Pública. Inicialmente, trata-se de seu histórico mais remoto, até o mais recente dentro da história mundial. Em seguida, aborda-se seu desenvolvimento no Brasil, demonstrando as influências sofridas nessa trajetória, pelas *class actions* dos Estados Unidos. Parte-se, para o estudo da relevância das ações coletivas como um instrumento para um efetivo acesso à justiça. O segundo capítulo inicia-se com a definição de direitos coletivos, quais sejam, os difusos, os coletivos *strictu sensu* e os individuais homogêneos. Posteriormente, aborda-se a definição de coisa julgada no âmbito individual, e, por fim, no âmbito coletivo, trazendo o regime aplicável para cada direito coletivo, e demonstrando-se o regime diferenciado entre eles. No último capítulo, apresenta-se um breve conceito de competência, para depois, trazer a análise acerca da Lei 9.494/97, examinando-se como se deu sua criação, qual sua aplicabilidade em relação à Lei de Ação Civil Pública e aos direitos coletivos, e, enfim, as consequências de sua aplicabilidade. Após, traz-se a análise de um caso concreto, desde a decisão dada em primeiro grau até a decisão do recurso especial no STJ acerca da aplicabilidade ou não, desta lei, demonstrando as fundamentações dadas em cada recurso, para, enfim, demonstrar qual a tendência atual a respeito desta matéria, especialmente, em relação ao STJ.

Palavras-chave: Coisa julgada. Limites Subjetivos. Ação Civil Pública. Lei 9.494/97.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DIFUSOS	9
2.1 O DESENVOLVIMENTO DA TÉCNICA DE TUTELA COLETIVA.....	9
2.2 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA NO DIREITO BRASILEIRO (OU O DIREITO COLETIVO BRASILEIRO)	16
2.3 O DIVÓRCIO ENTRE A TUTELA INDIVIDUAL E A COLETIVA (CPC X CPCC)...	27
3 COISA JULGADA: LIMITES, APLICAÇÃO E RELATIVIZAÇÃO	38
3.1 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS COLETIVOS	38
3.2 COISA JULGADA INDIVIDUAL	50
3.3 COISA JULGADA COLETIVA.....	62
4 PREVALÊNCIA DO INTERSSE COLETIVO	76
4.1 A COMPETÊNCIA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA	76
4.2 A LEI 9.494/97 E SUAS CONSEQUÊNCIAS	81
4.3 ANÁLISE DE CASO	93
4.4 ANÁLISE CRÍTICA	102
5 CONCLUSÃO.....	107
REFERÊNCIAS.....	109

1 INTRODUÇÃO

As tutelas coletivas no Brasil vieram revolucionar o sistema eminentemente individualista adotado no país até então. Seu início se deu de forma lenta e com leis esparsas que foram, aos poucos, moldando a estrutura desse microssistema, tão diverso do que se conhecia naquela época. A princípio, desvincular os conceitos do processo civil comum, para adotar novas formas de resolução de conflitos, foi algo custoso e que levou algum tempo para se adaptar. Entretanto, após quase três décadas da edição da Lei de Ação Civil Pública, pode-se dizer que seu propósito foi cumprido, e que tem-se uma legislação a favor da população brasileira.

Os direitos coletivos previstos por disposição constitucional indireta e esparsa, são direitos fundamentais voltados a proteção do homem moderno, que vive em uma sociedade massificada e frequentemente é atingido por danos igualmente pulverizados. Por meio de instrumentos coletivos, como a Ação Civil Pública, é possível, então, que esses direitos sejam protegidos, de modo a resguardar a sociedade desses danos transfronteiriços.

A presente monografia tem como área de concentração o direito Processual Civil e direito Processual Coletivo e trata sobre a restrição da coisa julgada na ação civil pública.

O método científico utilizado é o dedutivo, já que se iniciou de uma premissa geral sobre as definições de processo coletivo, sendo que, a partir de então, foi possível chegar a conclusões específicas acerca da aplicabilidade ou não do artigo 16 da LACP, para a Ação Civil Pública. Já o método procedimental utilizado foi o de revisão bibliográfica, e, ainda, com análise jurisprudencial sobre tema.

A atualidade do tema se demonstra a partir do momento em que há uma grande ascensão desta matéria no mundo jurídico, diferentemente do que seria possível analisar anos atrás, quando a defesa dos direitos individuais era prioridade dentro do ordenamento brasileiro. É evidente que a tutela individual ainda é que gera maiores debates entre a doutrina, sendo ainda, a mais enfatizada a nível de graduação. É por esse motivo, então, que se mostra tão importante essa discussão neste trabalho, uma vez que traz para dentro das faculdades de direito uma abordagem mais profunda e crítica acerca dos direitos coletivos, tão pouco conhecido pelos estudantes principiantes do direito.

O interesse pelo tema se deu pela leitura do artigo da autora Ada Pellegrini Grinover (2012), denominado “A Ação Civil Pública refém do autoritarismo”, que com muita autoridade soube tratar do assunto de maneira sucinta, contudo demonstrando a complexidade que envolvia a matéria. Foi então, que, percebendo a importância do debate, resolveu-se partir

para uma análise mais aprofundada, onde foi possível vislumbrar o novo mundo das tutelas coletivas, que até então, eram uma incógnita, que, felizmente, foi desvelada.

Sendo assim, trata-se, neste trabalho, do regime da coisa julgada na Ação Civil Pública, instituto tão importante para a efetividade das ações coletivas. Inicialmente, se trará a origem histórica estrangeira, demonstrando sua aplicação na antiguidade, e, posteriormente passando-se para o estudo das modernas *class actions* estadunidenses que tiveram sua origem já no século XIX. Posteriormente, far-se-á a análise do desenvolvimento das tutelas coletivas no Brasil, que, sob influência do direito desenvolvido nos Estados Unidos, ganhou força aqui no país e se revelou como um dos mais modernos sistemas de tutelas coletivas para os países de *civil law*. Por fim, se analisará como se deu essa transição da tutela individual, com forte predominância na cultura jurídica nacional, para a tutela coletiva, até então desconhecida; além de analisar qual a influência dos movimentos mundiais de acesso à justiça na implementação de tal instrumento.

No segundo momento, se analisará especificamente o conceito de direitos coletivos, sua classificação e diferenças, além de demonstrar sua previsão legal. Após, se abordará as definições de coisa julgada individual, demonstrando como ela se opera, quais os seus efeitos e a quem ela deve atingir. Neste momento, frisa-se, ainda, como se dá a sua relação com terceiros, cuja definição é crucial para se estabelecer as diferenças entre a coisa julgada individual e a coisa julgada coletiva. Por último, então, se explicará o regime da coisa julgada coletiva, distinguindo-a em razão de cada tipo de direito coletivo, e demonstrando quais suas consequências dependendo do resultado se terá na ação coletiva.

Por fim, então, se trará um conceito breve de competência, para que, posteriormente se adentre no tema específico em relação a restrição da extensão da coisa julgada dada pela Lei 9.494/97. Se mostrará, então, em que contexto referida lei foi criada, e qual sua intenção ao ser aprovada, verificando a sua possível aplicabilidade aos direitos coletivos, para que, enfim se apresente quais seriam as consequências no caso de sua aplicação. Posteriormente, se analisará um caso concreto acerca da aplicabilidade ou não da restrição dada a coisa julgada coletiva, trazendo qual o entendimento dado à matéria pelo juiz de 1º grau, seguindo-se para análise do posicionamento do Tribunal Estadual, para, enfim, adentrar-se no estudo da fundamentação do que foi julgado acerca desse caso pelo STJ. Para, aos fim, demonstrar-se qual as tendências atuais deste tribunal superior em relação ao tema.

2 A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DIFUSOS

2.1 O DESENVOLVIMENTO DA TÉCNICA DE TUTELA COLETIVA

É fácil observar a grande ascensão do direito coletivo neste último século, o que faz levar a crer que sua história é recente e incipiente. Contudo, ao contrário disso, seu passado remonta à época da longínqua Idade Antiga, quando já era possível observar a vigência de ações populares nas instituições do direito romano. Tais demandas visavam proteger a “coisa pública” que pertencia à todos os cidadãos e a estes era atribuído o dever de protegê-la. Segundo Didier Jr. e Zaneti Jr. (2011, p. 25, grifo do autor), havia um “[...] forte vínculo natural que o ligava aos bens públicos *lato sensu*, não só em razão da relação cidadão/bem público, mas também pela profunda noção de que a *República pertencia ao cidadão romano*.” Nesse mesmo sentido, Mancuso (2011a, p. 47) explica:

A relação entre o cidadão e a *res publica* era calcada no sentimento de que esta última “pertencia” em algum modo a cada um dos cidadãos romanos; e só assim se compreende que o *cives* se sentisse *legitimado* a pleitear em juízo em nome dessa *univertas pro indiviso*, constituída pela coletividade romana.

Desta forma, o cidadão romano, ainda sob forte influência da antiga cultura grega, tinha um envolvimento intenso com sua comunidade, e tinha por convicção o dever de proteger aquilo que era público. E, conforme ensina Roque (2010), as *actiones popularis* eram o instrumento que os cidadãos utilizavam para ingressar em juízo na defesa de bens públicos.

É importante frisar que a concepção de direito coletivo da época não é a mesma adotada no atual contexto, sendo esta uma origem remota, e com fundamentos culturais e políticos muito diversos dos utilizados hoje. Neste sentido, esclarece Gregório Almeida (2003, p. 41):

O que existe, seja no direito processual romano, seja depois, no direito anglo americano, são raízes remotas de formas de tutela jurisdicional de alguns direitos coletivos, sem que existisse, contudo, pelo próprio sincretismo da época, um sistema adequado de tutela dos direitos ou interesses coletivos.

Portanto, pode-se considerar que a principal influência desse passado na construção das tutelas coletivas foi o tratamento coletivo dado à determinadas matérias no direito romano, que se diferenciavam da tradicional tutela individual, também vigente à época.

Alguns séculos depois, na Inglaterra medieval do século XII, é possível encontrar a próxima variação de tutela coletiva da história. Ressalta-se que este modelo britânico de proteção de direitos serviu como base de sustentação para o surgimento, séculos depois, da

tutela de direitos difusos. É possível vislumbrar, desta forma, a importância desse período para o desenvolvimento dos direitos transindividuais (LEAL, 1998).

Na Inglaterra da idade média, a vida em comunidade era a essência da sociedade, e não havia a concepção de direitos individuais, como a conhecida hoje, tendo sequer uma definição própria. Em verdade, o próprio conceito de “indivíduo”, como unidade “autônoma” da sociedade, era desconhecido à época. Sobre essa questão, Leal (1998, p. 26), esclarece que “[...] o ‘indivíduo’ entidade abstrata, tal como se concebe hoje, é uma ‘invenção’ da cultura moderna e das revoluções liberais [...]”, portanto, não congruente com a realidade medieval, onde o conceito de indivíduo só era compreendido se em conjunto com o de comunidade. Nesse sentido, Roque (2010, p. 108) explica que a sociedade estava formada em torno de pequenas coletividades e que “[...] os feudos consistiam, dessa maneira, em unidades econômicas coletivamente organizadas em torno da terra.”

Desta forma, na maioria das vezes a proteção do direito “próprio” e do direito do grupo se confundiam, e uma vez pertencente aquela comunidade, qualquer um poderia promover uma ação coletiva em busca da efetivação desses direitos. Sendo assim, a partir do momento que um direito da comunidade fosse reivindicado, estava-se, automaticamente, protegendo direitos de cidadãos alheios àquela ação (LEAL, 1998).

Em sua obra Leal (1998, p. 24-25, grifo do autor) explica:

Na ação coletiva medieval, não se questionava a *representação* de direito alheios, vez que o direito material era mais ou menos compartilhado indistintamente pela comunidade. Ou seja, o membro da comunidade que figurava como autor da ação não *representava* o direito de um conjunto de indivíduos, mas de uma *coletividade*.

Segundo o mesmo autor, vê-se nessa conjuntura a origem da tutela dos direitos difusos, já que o direito não tinha um titular único e exclusivo, mas um titular abstrato, e que poderia ser representado por qualquer um dos integrantes da comunidade (sem qualquer problema de legitimidade), e ainda, todos os efeitos do resultado dessa demanda se estenderiam coletivamente. Logo, na ação medieval coletiva, ainda que houvesse somente um indivíduo no pleito, todos os demais teriam indiretamente seus direitos protegidos, sem que tivesse necessariamente qualquer entidade formalmente constituída (como as atuais associações, com personalidade jurídica), para que surtissem os efeitos desse processo na esfera particular do sujeito medieval.

Ainda, explica Roque (2010, p. 112), que as ações coletivas eram decorrentes da própria estrutura da sociedade medieval:

Em princípio, as ações coletivas medievais não se destinavam a tutelar os interesses de grupos desorganizados, que seriam estruturados somente pelo litígio coletivo, tal como ocorre nos dias atuais, por exemplo, com os consumidores de um determinado

produto defeituoso [...] os litígios de grupo medievais nada mais eram do que um fiel retrato da sociedade coletivamente organizada naquele período.

Deste modo, essa forma de tutela de direitos coletivos marcou a história da evolução dos direitos difusos, e deixou de herança, principalmente as seguintes características: a concepção de proteção de direitos de uma coletividade, sem titularidade definida; e ainda, a representação legítima feita por um indivíduo, membro dessa comunidade, sem ter qualquer vínculo formal (associativo, ou jurídico – sem personalidade jurídica) definido.

Séculos depois, outra prática coletiva, mas bem distinta da ação coletiva medieval, conhecida como *bill of peace*, surgiu na Inglaterra moderna. Segundo Leal (1998), o *bill of peace* era processado na jurisdição da *Chancery* (também chamada de *equity*), uma jurisdição menos formal e que funcionava paralelamente à jurisdição da *common law* inglesa, sendo que aquela normalmente era acionada quando esta decidia em razão de uma flagrante injustiça – razão pelo qual detinha como sinônimo o nome de corte da equidade. O mesmo autor explica que o *bill* acontecia quando numa ação individual, a respeito de um litígio de matéria coletiva, à pedido do autor, era outorgada pelo juiz uma autorização para que aquela decisão tivesse seus efeitos no direito de todos os demais sujeitos que pudessem litigar contra o mesmo réu acerca do mesmo direito do autor da ação.

Ainda, acrescenta-se que, nas palavras de, Gidi (2007, p. 42) o *bill of peace* eram:

Ações representativas (representative actions), nas quais um ou alguns dos membros do grupo pudessem representar em juízo o interesse de todos os demais similarmente situados. Para que a ação representativa fosse cabível, todavia, era preciso que o grupo envolvido fosse tão numeroso, que tornasse o litisconsórcio de todos impossível ou impraticável, que todos tivessem um interesse comum e que o autor adequadamente representasse os interesses dos membros ausentes. Tais processos faziam coisa julgada erga omnes, vinculando todos os membros do grupo através do representante.

Portanto, dada a permissão, outros indivíduos que estivessem passando pelo mesmo problema, ao invés de terem que ajuizar, cada um, individualmente, uma ação para pleitear acerca do mesmo direito, estes poderiam usufruir dos resultados daquela ação, sem nem ao menos terem participado como parte. Desta forma, o *bill of peace* era uma maneira de evitar demandas repetidas no judiciário, impedindo decisões contraditórias, uniformizando os resultados dos conflitos que tratavam sobre a mesma matéria.

Por se tratar de uma ação de caráter individual, que tinha por essência também a defesa de direitos alheios, pode-se notar que foram das estruturas do *bill of peace* que se originaram as chamadas ações coletivas para defesa de direitos individuais modernas (LEAL, 1998).

Resumidamente, pode-se afirmar então, que: das antigas ações coletivas medievais, vem a origem para a tutela dos direitos difusos; e do moderno *bill of peace* vem a origem para a tutela dos direitos individuais coletivamente tratados, que posteriormente influenciaram na construção de algumas modalidades de *class actions* estadunidenses. Sobre o assunto, Leal (1998, p. 25), esclarece:

A ação medieval guarda semelhança com a ação para defesa de direitos difusos contemporânea, pois, também nesse caso, trata-se da tutela do direito de uma entidade unitária (a *comunidade*), que necessita de um representante para efeito judicial (ACDD). [...] Já o *bill of peace* originou as ações que cuidam de vários e independentes direitos individuais tratados processualmente de uma vez (ACDI), cuja *ratio* era evitar a multiplicação de litígios. No século XVII, quando o *Bill* se institucionalizou na *Chancery*, já havia o desenvolvimento da noção de direito subjetivo e de indivíduo autônomo. Assim, o objeto da ação coletiva envolvia diversas *unidades* jurídicas independentes, representadas por um terceiro.

Contudo, importante esclarecer que autores como: Zavascki, Castro, Márcio Abelha, além de outros autores internacionais como Cound, Friedenthal e Sexton, além de Zechariah Chaffe¹ remetem como origem de todo o sistema de tutelas coletivas somente o *bill of peace*, sequer mencionando o passado das ações coletivas medievais, e, menos ainda, fazendo a diferença entre as origens dos direitos difusos e dos individuais coletivamente tratados. Sobre isso, Zavascki (2011, p. 23) é claro em afirmar que:

Aponta-se a experiência inglesa, no sistema da *common law*, como origem dos instrumentos do processo coletivo e, mais especificamente, da tutela coletiva de direitos. Desde o século XVII, os tribunais de equidade (*Courts of Chancery*) admitiam, no direito inglês, o *bill of peace*, um modelo de demanda que rompia com o princípio segundo o qual todos os sujeitos interessados devem, necessariamente, participar do processo, com o que se passou a permitir, já então, que representantes de determinados grupos de indivíduos atuassem, em nome próprio, demandando por interesses dos representados ou, também, sendo demandados por conta dos mesmos interesses.

E outros, como Mancuso (2011) e José Afonso da Silva (2005), reconhecem as origens romanas, mas negam a existência de ações medievais que possam ter influenciado no desenvolvimento das ações coletivas. Sobre essa divergência histórica, Mancuso (2011, p. 52, grifo do autor), argumenta: “Naturalmente, uma tal simbiose cidadão-Estado não deve ter prosperado nos séculos obscuros da Idade Média, onde medraram o autoritarismos feudal, as monarquias absolutistas, a religiosidade ambígua e aterrorizante da *Santa Inquisição*.”

Contudo, para efeitos desse trabalho, concorda-se com o estudo de Márcio Flávio Mafra Leal (1998), que faz a distinção entre os períodos medieval e moderno, demonstrando suas divergências, e as relacionando com o modelo atual de ações coletivas.

¹Termo usado por LEAL (1998, p. 22), em sua obra “*Ações coletivas: história, teoria e prática*”, para designar as ações que tem por fundamento proteger os denominamos direitos coletivos *strictu sensu* e direito individual homogêneo no direito brasileiro. Sobre o assunto Leal (1998, p. 48-49).

Nos próximos séculos, a história moderna toma um rumo totalmente diferente, se afastando do tratamento coletivo de direitos, voltando-se para os ideais liberais e de autonomia do indivíduo. É nessa época que as influências dos pensamentos da Revolução Francesa modificaram a maneira de pensar o direito, e focaram-se na primazia dos interesses individuais e privados, sobre os interesses coletivos. Sobre esse período, Didier Jr. e Zaneti Jr. (2011, p. 26), ensinam:

O direito ao processo, como conhecemos hoje, foi fortemente influenciado pelo liberalismo e pelo iluminismo. A partir do século XVII, com a difusão do método cartesiano e da lógica ramista na Europa continental, foi cristalizada a ideia da propriedade individual, da autonomia da vontade e do direito de agir como atributos exclusivos do titular do direito privado, único soberano sobre o próprio destino do direito subjetivo individual (base de todo o sistema).

Assim perdurou (e, de certa forma, continua perdurando ainda hoje) a supremacia dos direitos individuais sobre os coletivos, até o período pós-Revolução Industrial, quando as inéditas relações de massa clamaram novamente pela defesa coletiva de direitos. O modelo individualista da época voltado principalmente para a defesa de direitos privados, não davam conta de resolver os novos conflitos gerados pelas relações de massa que surgiram pela nova ordem constituída. Desta forma, houve a necessidade de resgatar os instrumentos de tutela coletiva, para que essas massas política e economicamente menos favorecidas pudessem lutar por seus direitos. Nesse sentido, Gregório Almeida (2003, p. 42):

[...] a revolução industrial do século XVIII pode ser considerada a circunstância social que veio dar origem aos movimentos sociais conflitivos em razão da denominada ascensão das massas, que se intensificou no decorrer da história, passando a exigir a tutela coletiva desses conflitos massificados.

E foi desse novo contexto, que o direito coletivo se desenvolveu nos Estados Unidos. Influenciados pela cultura de seus colonizadores ingleses, os Estados Unidos foram os grandes pioneiros na sistematização das ações coletivas, e já em 1845 editaram a *Rule 48*, que tratava de regras processuais baseadas nas *equity* inglesas, tornando a proteção dos direitos coletivos mais populares naquele país. Posteriormente, em 1912, com algumas inovações na *Rule 48*, criou-se a *Rule 38*, que autorizava a antes impedida extensão da coisa julgada aos demais atingidos pelo mesmo litígio, mas não participantes (ausentes) do processo, exatamente nos termos da antiga *equity*. Por último, em 1938, foi criada a *Rule 23* das *Federal Rules of Civil Procedure* (Código Federal de Processo Civil), que reformada em 1966, se tornou a principal normatização dos Estados Unidos, que inovou o sistema das ações coletivas e serviu de modelo para muitos países de todo o mundo (VIANA, 2008). Sobre o assunto, Leal (1998, p. 154), em sua obra, confirma:

Importa destacar que a Regra 23 americana foi, sem sombra de dúvida, o instrumento processual que mais influenciou os estudiosos da ação coletiva,

servindo de fonte inspiradora direta e indireta de vários outros sistemas jurídicos, dentre eles: Os Estados americanos, Ontário, Québec, França, Brasil, Itália, Alemanha, Austrália, Nova Zelândia, entre outros.

A Rule 23, dos Estados Unidos inicialmente estabelece um critério para selecionar o litígio que pode ou não ser considerado coletivo. Dessa forma, somente as ações que cumprirem com as exigências estabelecidas na alínea “a” podem ser processadas como ações coletivas. Grinover (2002, p. 21-22) em seu artigo explica esses pré-requisitos:

As considerações prévias fixam os pré-requisitos para qualquer ação de classe, da seguinte maneira: a) “Pré-requisitos para a ação de classe: um ou mais membros de uma classe podem processar ou ser processados como partes, representando a todos apenas se 1) a classe é tão numerosa que a reunião de todos os membros é impraticável, 2) há questões de direito ou de fato comuns à classe, 3) as demandas ou exceções das partes representativas são típicas das demandas ou exceções da classe e 4) as partes representativas protegerão justa e adequadamente os interesses da classe”.

Superado os pré-requisitos exigidos na alínea “a”, na alínea “b”, os direitos coletivos são divididos em três modalidades. A primeira, disposta na alínea “b1”, da *Rule 23*, é uma regra trazida da *equity* do século XVII, chamada *necessary parties*, e estabelece uma ação de classe obrigatória. Essa, no entanto, pouco usada nos Estados Unidos (LEAL, 1998).

A segunda modalidade de tutela coletiva, determinada pela alínea “b2”, pode ser paralelamente comparada com as ações de proteção de direitos difusos (denominada nos EUA de *public law litigation* ou ainda, conforme ensina Leal 1998 *class actions*, que trata da implementação dos civil *rights*) e coletivos *strictu sensu*, onde o pedido será de injunctive relief, que pode ser de conteúdo declaratório, mandamental ou condenatório de fazer e não-fazer, sem caráter patrimonial. Sobre essa classificação disposta na alínea b2, da *Rule 23*, Leal (1998, p. 158), explica:

Essas espécies de provimento decorrem: I) em razão de um direito difuso (transindividualidade material); II) de um direito individual que, tratado coletivamente (transindividualidade processual), torna-se indivisível, pois necessariamente, a decisão judicial e a coisa julgada aproveitarão (ou prejudicarão) a todos os membros da classe.

Nessa regra, não há o direito de *opt out*, ou seja, não há escolha do membro em participar ou não da demanda. Isso se explica pelo fato dessas ações tratarem de direitos transindividuais, e por isso, indivisíveis, sem que haja a possibilidade de se cindirem as demandas para proposituras de ações individuais. E, em decorrência de não haver esse direito de escolha, a notificação pessoal nesses casos também não se faz necessário.

Citando os ensinamentos da professora Mullenix e fazendo um paralelo com o direito coletivo Brasil, Grinover; Mullenix e Watanabe (2011, p. 305), ministra:

Esclarece a ilustre Professora, também, que nos Estados Unidos as emendas de 1966 à Rule 23, criaram três categorias de class actions, e que as duas primeiras – 23(b)

(1) e 23 (b) (2) – exigem que os membros do grupo tenham interesses homogêneos [na terminologia do direito brasileiro, seriam interesses ou direitos indivisíveis, que reclamam uma decisão unitária] e por isso são obrigatórias (mandatory) essas class actions, e nelas não há o direito de exclusão (opt out) dos membros do grupo, e nem há notificação pessoal (notice) deles.

Em razão dessas características, essas class actions são muito similares às ações coletivas brasileiras para a tutela de interesses difusos. Da mesma forma que estas últimas, também essas class actions americanas cuidam de conceder tutelas jurisdicionais em casos de lesão aos interesses da sociedade, tendo sido largamente utilizadas, nas décadas de 1960 e 1970, para as tutelas declaratórias e mandamentais de interesses públicos. Nessas duas modalidades de class action, a coisa julgada seja positiva ou negativa, tem eficácia erga omnes, abrangendo todos os membros do grupo.

Por último, encontramos na alínea b3 as famosas *class actions for damages* (que não se confundem com as *class actions*, acima mencionadas, para proteção dos civil rights), que corresponderam a verdadeira inovação na reforma da Rule 23, ocorrida em 1966, não tendo nenhum precedente nas normas editadas nos Estados Unidos. Estas, que podem ser consideradas como as ações brasileiras para defesa dos direitos individuais homogêneos, constituem-se nas ações de pedidos indenizatórios por responsabilidade civil, e tem por objetivo reparar o dano individualmente causado. Mais uma vez, os ensinamentos de Mullenix, citados por Grinover; Mullenix e Watanabe (2011, p. 305), confirmam essa relação: “A terceira categoria de class action – a prevista na Rule 23 (b) (3), que se destina à postulação de indenização de danos por lesões individuais, seria correspondente à ação coletiva para a tutela de direitos individuais homogêneos do sistema civil law.”

Normalmente, essas ações que tratam do direito individual homogêneo são usadas para casos de relação de consumo, por exemplo, quando lançado um produto defeituoso no mercado, que causa dano na mesma medida a vários consumidores. Estes que, individualmente podem ser frágeis para dar prosseguimento a uma demanda, reúnem-se em uma ação coletiva para requerer o ressarcimento do prejuízo sofrido. Leal (1998, p. 160), ratifica o caráter reparatório deste instituto:

No plano material, ao contrário das ações que visam à correção de falhas políticas (ACDDs)² as ações propostas por essa alínea têm por objetivo corrigir falhas do mercado, na defesa principalmente de consumidores, pequenos investidores e pessoas individualmente atingidas por fato ecológico ou de consumo.

Nessa modalidade de ação coletiva, diferentemente das outras modalidades já mencionadas, o sujeito deve optar pelo exercício do direito do *opt out*, que nada mais significa do que escolher por não fazer parte daquela demanda, ou seja, exercer o seu direito de não fazer parte daquele grupo. Nas palavras de Grinover, Mullenix e Watanabe (2011, p. 239), o “[...] *opt out* consiste em permitir que cada indivíduo, membros da classe, requeira em juízo

² Correspondentes às *class actions*.

sua *exclusão* da demanda coletiva, de modo a ser considerado terceiro, não sujeito à coisa julgada”. Assim o sujeito deverá ser intimado acerca do caso para ter a oportunidade de se manifestar sobre sua vontade de ter seu direito defendido por aquela ação coletiva, ou se optará por ser excluído do grupo para seguir sozinho, em uma demanda individual. Ainda sobre esse critério, explica Grinover; Mullenix e Watanabe (2011, p. 302):

Nos sistemas jurídicos que adotam esse critério, a ação coletiva é concebida como abrangente de todos os membros da classe, que, não exercendo o direito de se auto-excluir do processo, são considerados parte e por isso sofrem os efeitos da coisa julgada, seja ela positiva ou negativa.

Desta forma, optando o sujeito em não se excluir, ele deverá suportar os resultados da ação coletiva que podem ser tanto favoráveis, como desfavoráveis.

E é nesse contexto histórico que é possível entender a ascensão do direito coletivo no mundo. Compreendendo que em dados momentos, o direito coletivo ocorria de forma natural, em decorrência da organização social, política e cultural da comunidade; e em outros, o contexto agressivo da economia e da evolução tecnológica, forçaram que um “novo instrumento”, que por algum tempo ficou em desuso, fosse resgatado das culturas passadas, para proteger o cidadão que se encontrava desamparado.

2.2 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA NO DIREITO BRASILEIRO (OU O DIREITO COLETIVO BRASILEIRO)

Como já abordado, os Estados Unidos no século XIX (no ano de 1845), influenciado pelo sistema inglês do *bill of peace*, já estavam começando a desenvolver o instituto das tutelas coletivas. Importante ressaltar que a cultura jurídica do *common law* - diferentemente da cultura da *civil law* -, teve um progresso muito mais rápido acerca deste tema por ter em seu passado um dos marcos históricos iniciais de proteção dos direitos coletivos. Sendo assim, considerados como um dos berços da cultura das ações coletivas, os países de *common law*, tiveram a condição ideal para desenvolver este instituto, que posteriormente seria usado como modelo pelos países de *civil law*. Estes, que tinham uma concepção imatura da tutela coletiva de direitos, não tinham relacionamento direto entre os países da *common law* no século XIX, que possibilitasse que as ideias inovadoras dos países *anglo-saxões* pudessem ser difundidas entre os países de *civil law*. O resultado disso foi que os países de tradição de *romano-germânica* não conseguiram acompanhar essa evolução, e caminharam de forma mais lenta se comparado com os países como os Estados Unidos, que foram os verdadeiros incentivadores das ações coletivas.

Em seus ensinamentos, Grinover, Mullenix e Watanabe (2011, p. 246), confirmam essa situação: “[...] os processos coletivos, nos países de *civil law*, em geral ainda não alcançaram o estágio de amadurecimento e evolução das *class actions* norte-americanas, mas a tendência é no sentido de cada vez mais países criarem verdadeiros sistemas de processos coletivos.”

Por esse motivo, demorou a ser recebida no Brasil a tendência de tratar coletivamente os direitos, e, apesar de ser possível vislumbrar algumas referências avulsas no fim do século XIX e no início do século XX, foi somente no ano de 1934, na constituição deste mesmo ano, que os primeiros reflexos dos direitos coletivos foram percebidos aqui no Brasil. Conforme ensina Mancuso (2011a, p. 65), foi “[...] na Constituição de 1934 [que] – a ação popular apareceu, com todas as letras, no item 38 do art. 113 [...]”, legitimando o cidadão a pleitear a nulidade ou anulação dos atos lesivos ao patrimônio da União, dos Estados e dos Municípios. Entretanto, com a ditadura do *Estado novo* no Brasil, esta previsão constitucional não resistiu, e acabou sendo derogada pela Constituição de 1937.

Já em 1943, com a implementação da Lei 5.452, que instituiu a Consolidação das Leis Trabalhistas, percebe-se outra vertente coletivista aflorando na ordem jurídica brasileira. Gregório Almeida (2003) explica que esta legislação, legitimou sindicatos de categorias a representar o interesse da classe em juízo, o que significou à época, uma verdadeira inovação para a ciência jurídica nacional. Desta forma, havendo um conflito coletivo que envolvesse os direitos da categoria, o sindicato, como órgão representante legitimado, entraria com a ação, e ao final, seus resultados seriam sentidos por todos os membros da classe. E, sobre a função de representação do sindicato, explica Martins (2008, p. 718) que:

A função de representação é assegurada na alínea a do art. 513 da CLT, em que se verifica a prerrogativa do sindicato de representar, perante as autoridades administrativas e judiciárias, os interesses da categoria ou os interesses individuais dos associados relativos à atividade ou profissão exercida.

Sendo assim, como consequência dessa atribuição, as decisões tomadas em um dissídio coletivo podem ter sua extensão “[...] a todos os empregados da mesma categoria profissional” (MARTINS, 2008, p. 765), e não somente aos associados do sindicato, “[...] em razão do efeito *erga omnes* da sentença normativa” (MARTINS, 2012, p. 719), determinando, portanto, novas regras de trabalho a todos os membros da classe.

Passado o período ditatorial de Vargas, a próxima constituição promulgada em 1946 voltou a tratar das ações populares, reintroduzindo a previsão constitucional da Carta Magna de 1934, ampliando um pouco seu objeto e possibilitando novamente ao cidadão ajuizar uma ação popular em defesa de seus direitos (MANCUSO, 2011a).

Após esse início tímido das instituições coletivas no Brasil, a próxima legislação, que seria a primeira legislação relevante no âmbito civil envolvendo direitos transindividuais, foi a Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, que, a exemplo da constituição de 1934 e 1946, estabeleceu a rigor todas as normas para a Ação Popular brasileira. Esta, destinada a legitimar qualquer cidadão a ajuizar uma ação em proteção de determinados direitos difusos, deu, verdadeiramente, o primeiro passo para desenvolvimento das tutelas coletivas.

Inicialmente, esta ação coletiva visava anular ou declarar a nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União; posteriormente, em 1977, com a modificação na Lei de Ação Popular feita pela Lei nº 6.513, foi incluído no âmbito de aplicação da lei, a defesa do patrimônio público, “os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico”. Mas, foram somente com as alterações feitas por nossa Constituição Federal, em 1988, que seu objeto ficou ainda mais abrangente, incluindo a tutela de atos contra a moralidade pública e o meio ambiente (MAZZILLI, 2012).

Entretanto, conforme os ensinamentos de Grinover, Mullenix e Watanabe (2011, p. 228), ainda com as alterações feitas na LAP, esta não tinha o condão de resguardar todos os direitos difusos “[...] uma vez que seu exercício ainda permanecia subordinado a uma ilegalidade proveniente da conduta comissiva ou omissiva do Poder Público, enquanto a ameaça ou violação dos interesses difusos frequentemente provinha de ações privadas.” Logo, por esse motivo, a LAP não se mostrou suficiente para cumprir com o papel de proteção integral dos direitos difusos.

Por outro lado, é importante frisar que a Ação Popular é o único instrumento que dá poder ao cidadão de iniciar uma ação coletiva, ficando este responsável e único legitimado em promovê-la em prol dos direitos de toda a comunidade. Assim, pode-se dizer que essa legitimidade é o grande diferencial da LAP, se comparada às demais ações coletivas encontradas no ordenamento brasileiro, que não possuem essa previsão. Por essa razão, Gregório Almeida (2003), afirma que das ações coletivas a ação popular é a mais legítima, por representar a vontade do cidadão, que lesado em seu direito, em um exercício natural de sua cidadania promove a ação popular com o objetivo de ver a sociedade reparada de uma lesão. Nas palavras do autor: “a *ação popular*, por ter como legitimado ativo o próprio cidadão e por decorrer de seu direito político de participação, é a mais legítima das ações coletivas pertencentes ao *direito processual coletivo comum*” (ALMEIDA, 2003, p. 298).

De qualquer forma, é certo que a ideia da ação popular condiz com a finalidade para a qual ela foi criada. Entretanto, o que se vê, na prática, é que essa ação é muito pouco utilizada no ordenamento brasileiro, principalmente por conta da falta de informação dos

cidadãos brasileiros, que ignoram a legislação, e por mero desconhecimento não usam dos instrumentos jurídicos, como a Ação Popular em prol de seus direitos. Gregório Almeida (2003, p. 304), manifesta seu desgosto pela má utilização deste instituto no Brasil:

Apesar de a *ação popular* ser concebida como um magnífico instrumento da democracia brasileira, a grande maioria da população ainda não tem noção dos seus direitos fundamentais nem principalmente de sua cidadania e, portanto, de seu poder de participação política e de correção dos atos administrativos. Essa grande problemática política e social tem colocado a *ação popular*, no campo da pragmática, em um segundo plano, pois ainda não é devidamente utilizada.

Logo, na prática, essa legislação acabou sendo pouco utilizada pelos brasileiros na proteção de seus direitos coletivos.

Seguindo com a análise histórica do desenvolvimento das tutelas coletivas no Brasil, vê-se que, após a LAP, entre as décadas de 60 e 70, pouco foi produzido sobre essa matéria. Tiveram sim, algumas leis esparsas e bem específicas, como por exemplo, a lei nº 6.938, que estabeleceu a Política Nacional do Meio Ambiente, e que, conforme ensinam Grinover, Nery Junior e Watanabe (2011), legitimou o “Ministério Público às ações de responsabilidade penal e civil [...] pelos danos causados ao meio ambiente.” Entretanto, foi somente em 1985, com a Lei nº 7.347/85 fundadora da Ação Civil Pública, que o sistema brasileiro de tutelas coletivas deu um grande avanço.

A LAC, inspirada em movimentos de acesso à justiça dos anos 70, deu início a um estudo mais aprofundado sobre os institutos do direito coletivo e processual coletivo, superando algumas concepções individualistas ainda predominantes no sistema jurídico da época. Assim, Zavascki (2011, p. 30), reconhece que a Lei de da Ação Civil Pública “[...] veio preencher uma importante lacuna do sistema do processo civil que, ressalvado o âmbito da ação popular, só dispunha, até então, de meios para tutelar direitos subjetivos individuais”.

Para a maioria da doutrina, a lei 7.347/85, foi um verdadeiro “divisor de águas”, que passou a dar de fato proteção muito mais abrangente para os direitos difusos e coletivos *strictu sensu*, e segundo Grinover, Nery Junior e Watanabe (2011, p. 25), foi com ela que os direitos coletivos do meio ambiente e do consumidor “receberam tutela diferenciada, por intermédio de princípios e regras que, de um lado, rompiam com a estrutura individualista do processo civil brasileiro”. Nesse mesmo sentido, Zavascki (2011, p. 30), ensina que “[...] foi a lei 7.347, de 24.07.1985, que assentou o marco principal do intenso e significativo movimento em busca de instrumentos processuais para a tutela dos chamados direitos e interesses difusos e coletivos.” Nesse mesmo sentido, Jucovsky (2010, p. 817) explica que:

Não se pode deixar de considerar que a Lei em comento, quando de sua entrada em vigor, representou grande avanço no ordenamento jurídico brasileiro, mediante regras inovadoras que vieram modificar o processo civil que, anteriormente, detinha

características voltadas à solução de controvérsias eminentemente individualistas, transmutando-o para conferir-lhe novas feições coletivas, com o escopo de atribuir efetividade às lides de massa ou macrolides, na tutela dos direitos coletivos em sentido lato (difusos, coletivos e individuais homogêneos), o que se pode observar, notadamente, no âmbito da proteção ao meio ambiente, aos indígenas, aos consumidores, à saúde, à educação, ao trabalho etc.

Já sobre a legitimidade, a Lei da Ação Civil, diferentemente da Ação Popular, - que tem como titular exclusivo o cidadão -, traz como legitimados órgãos públicos e privados que, extraordinariamente representam os interesses de toda a coletividade. Segundo ensinamentos de Mancuso (2011b), a ação civil pública, em seu artigo 5º dispõe uma legitimidade concorrente e disjuntiva, entre o Ministério Público, Defensoria Pública, órgãos públicos, entidades paraestatais, associações, além de outras instituições e entidades públicas e privadas. Apesar dessa legitimidade ser concorrente e disjuntiva, Lenza (2008, p. 168) ministra que “[...] a legitimidade de um não exclui a do outro, podendo um co-legitimado agir sozinho, sem a anuência, intervenção ou autorização dos demais.” Logo, no caso da LACP, a legitimidade é instituída por disposição legal, sendo que aqueles listados no referido artigo (acima citados), é que estão autorizados à ajuizar uma ação civil pública para defesa dos direitos da coletividade, excluindo, portanto o cidadão, que não usufruirá desta legislação para ver seus direitos contemplados.

Ainda na análise da representatividade, percebe-se, que o legislador não se preocupou em atribuir uma diferenciação entre a legitimidade para entes públicos ou privados. Nesse caso, a legitimidade é conferida igualmente para ambos, optando-se, como ensina Lenza (2008, p. 166, grifo do autor), por uma “[...] solução *mista* ou *pluralista* para a *representação dos interesses transindividuais em juízo*, cumulando as soluções de representantes adequados públicos e privados.” Permitindo, desta forma, que todo o tipo de entidade³ possa ajuizar a ação civil pública, dando maior força e estrutura na defesa dos direitos difusos da comunidade.

Há ainda a discussão se essa legitimidade exercida pelas entidades seria uma legitimidade extraordinária ou não. Entende-se que nesses casos trata-se de legitimidade extraordinária, uma vez que as entidades não estão em juízo defendendo direitos próprios, mas direitos alheios, pertencentes a toda a comunidade, por isso, não compatíveis com o conceito de legitimidade ordinária comum. Sobre essa questão Lenza (2008, p. 173, grifo do

³ Importante ressaltar que a lei faz a exigência de que para que uma associação possa representar numa ação civil pública os interesses coletivos, esta deve ter essa previsão expressa em seu estatuto e deve ser constituída a mais de um ano, conforme dispõe artigo 5º, inciso V, alínea “a” da Lei 7.347/85

autor) demonstra que “[...] ao que parece, a grande maioria da doutrina⁴ posiciona-se pela *legitimidade extraordinária* nas ações coletivas, havendo *substituição processual da coletividade*. ”

No que tange ao objeto tutelado pela LACP, importante ressaltar os diferentes períodos históricos que essa lei percorreu, sofrendo, no decorrer dos anos, alterações valiosas para o ordenamento jurídico brasileiro. No início da vigência da referida lei, entende-se que os direitos tutelados estavam restritos aos especificados nos incisos I, II e II do art. 1º, que dispunha que os “direitos do consumidor, do meio ambiente e o patrimônio cultural, assim entendidos, os bens ou direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”, seriam os tutelados. E, como “o sistema implantado originariamente pela LACP era o da taxatividade do objeto material da ação civil pública” (ALMEIDA, G., 2010, p. 242), nenhum outro direito, além dos previstos na lei 7.347, poderiam ser protegidos.

Mas, conforme ensina João Almeida (2010, p. 336), foram apenas três anos após o início de sua vigência, com promulgação da Constituição Federal de 1988, que a Lei de Ação Civil Pública mudou de forma, passando a ter, a partir de então, sua previsão garantida constitucionalmente pelo art. 129, inciso III, além de ter seu objeto ampliado para proteção de “[...] outros interesses difusos e coletivos”, permitindo-se, daí por diante, a defesa de qualquer direito transindividual pela Ação Civil Pública.

Ainda sobre o objeto Mazzilli (2012, p. 134) alerta que “[...] uma apressada leitura do art. 1º da LACP poderia causar a impressão de que somente poderia ser objeto da ação civil pública a responsabilidade por *danos* materiais e morais a interesses transindividuais.” Contudo, a disposição do art. 1º deve ser entendida em conjunto com os artigos 3º, 4º e 21º, que trazem outras previsões legais. Portanto, conforme ensina Zavascki (2011, p. 57), a lei de Ação Civil Pública:

É instrumento com múltipla aptidão, o que a torna meio eficiente para conferir integral tutela aos direitos transindividuais: tutela preventiva e reparatória, para obter prestações de natureza pecuniária (indenizações em dinheiro) ou pessoal (de cumprir obrigações de fazer e de não fazer), o que comporta todo o leque de provimentos jurisdicionais: condenatórios, constitutivos, inibitórios, executivos, mandamentais e meramente declaratórios.

Logo, o objeto da ACP não se restringe a pedidos condenatórios, podendo abranger qualquer tipo de tutela, com o intuito de facilitar a defesa dos direito coletivos dos brasileiros.

⁴ Lenza(2008), cita como doutrinadores assentes desse entedimento: Grinover, Dinamarco, Yarshell, Zavascki, Vigliar, Pedro Da Silva Dinarmaco E Ephraim De Campos Jr.

Além dessa grande proteção que a LAC ofereceu aos direitos difusos e coletivos, esta ainda teve o papel de contribuir para a estrutura das futuras leis que viriam para complementar o sistema de tutelas coletivas no Brasil. Mazzilli (2012, p. 129, grifo nosso), ressalta essa importância da LAC para o sistema brasileiro:

Advinda pouco antes da promulgação da Constituição de 1988, chegou a marcar época a chamada Lei da Ação Civil Pública – LACP (Lei nº 7.347/85), por permitir a propositura de inúmeras ações para defesa de interesses **transindividuais e servir de base para novas leis que ampliaram sua abrangência.**

Como exemplo das leis que foram influenciadas pela Lei de Ação Civil Pública, é possível citar a Lei 7.853, em seus artigos 3º a 7º, que dispõe sobre a proteção dos direitos coletivos das pessoas portadoras de deficiência; Lei 8.069 (ECA), em seus artigos 208 a 224, que dispõe sobre a proteção dos direitos difusos da criança e do adolescente; a Lei 8.078 (CDC), em seus artigos 81 a 91 e 101 a 104, que dispõe sobre a proteção dos direitos coletivos dos consumidores e a Lei 10.741, em seus artigos 69 a 92, que dispõe sobre a proteção dos direitos coletivos dos idosos (MAZZILLI, 2012, p. 130); que, conforme ensina ZAVASCKI (2011, p. 53-54):

Apesar da variedade, essas “ações” mantiveram, na essência, a linha procedimental adotada originalmente na Lei 7.347, de 1985, que tem aplicação subsidiária para todas as demais, sendo apropriado, por isso mesmo, conferir-lhes a denominação comum de ação civil pública.

Desta forma, esse antecedente histórico foi de fundamental importância para que crescesse no Brasil as raízes do sistema coletivo, possibilitando posteriormente o fortalecimento desse instituto, dando mais armas para a sociedade lutar por seus direitos.

Após a Lei da Ação Civil Pública de 1985, a próxima legislação a contemplar as ações coletivas, foi nossa Lei Magna, que, significou verdadeiro marco na história brasileira dos direitos transindividuais. A CF/88 modificou não só a LACP, mas também a LAP e outras leis já vigentes no âmbito coletivo e deu outro rumo para o futuro da proteção desses direitos. Gregório Almeida (2010 p. 242) dispõe que “[...] foi a Constituição Federal de 1988 que consagrou o mais importante e significativo momento histórico da tutela coletiva no Brasil”, uma vez que foi por ela que, finalmente, o direito coletivo se dissociou do individual.

No âmbito da Ação Civil Pública, Gregório Almeida (2010, p. 241) em seu artigo confirma que foi “[...] a Constituição Federal de 1988, que conferiu dignidade constitucional à ação civil pública [...]” que, por esse motivo não pode ser eliminada do ordenamento jurídico brasileiro, por simples disposição de lei ordinária. Além disso, nossa CF/88 sanou as dúvidas deixadas pela Lei 7.347/85, fixando a legitimidade do Ministério Público e adequando a via

processual, e, conforme ensina João Almeida (2010 p. 336) “[...] indicando alguns bens tutelados, mas deixando aberta a possibilidade de ampliação desse rol.”

Outro importante avanço dado pela Constituição de 1988, conforme ensina Zavaski (2011 p. 16), foi à consagração da legitimação “[...] das associações de classe e das entidades sindicais para promover, em juízo, a defesa dos direitos e interesses dos respectivos associados e filiados.”

Ainda, sobre a importância de nossa constituição, Gregório Almeida (2010, p. 243), conclui que:

Com a Constituição Federal de 1988, o direito processual coletivo se torna um novo ramo do direito processual brasileiro, com objeto e métodos próprios, sendo instituição potencializada de proteção e de efetivação da Constituição, com berço e natureza constitucionais.

Ainda, conforme ensina o mesmo autor (ALMEIDA, 2003), são três os dispositivos constitucionais que permitem dizer que a Lei Magna criou o novo ramo no direito, qual seja, o *direito processual coletivo*. O primeiro dispositivo é o artigo 1º da CF que “consagrou o Estado Democrático de Direito, que é o Estado da *justiça material* ou da transformação da realidade social com justiça” (ALMEIDA, 2003, p. 57); o segundo dispositivo é o inciso XXXV do artigo 5º, que consagrou “o *princípio da inafastabilidade das decisões judiciais* em relação a qualquer direito, seja de natureza individual, seja de natureza coletiva em sentido amplo” (ALMEIDA, 2003, p. 570) e o por último o inciso III do artigo 129 que “consagrou o *princípio da não-taxatividade da ação coletiva*, em plena consonância com o art. 5º, XXXV, da CF, que nenhuma restrição estabelece quanto à tutela jurisdicional de direitos lesados ou ameaçados de lesão” (2003, p. 575). Nesse sentido, Lenza (2008, p. 51), explica que:

Somente em 1988, com o trabalho do poder constituinte originário [...], amplia-se, de modo expresso, o espectro do princípio da inafastabilidade da jurisdição [...] passando a se falar não mais somente em proteção a direito individual, mas a direito, tomando em sua acepção mais ampla possível, abrangendo-se, portanto, não só o individual, como o público e o metaindividual (difuso, coletivo e individual homogêneo).

Além disso, Gregório Almeida (2003) explica que foi na Constituição que o mandado de segurança coletivo e o mandado de injunção coletivo receberam guarida legal, e como instrumentos de proteção de qualquer direito, podem ser utilizados no âmbito coletivo, reforçando o rol de ações coletivas existentes no Brasil. Outras ações de direito processual coletivo “especial”⁵, como as Ações Diretas de Inconstitucionalidade por a ação e omissão e as Ações Diretas de Constitucionalidade, fizeram parte do corpo de nossa CF e, mais uma

⁵ Assim se refere o autor Gregório de Almeida (2003) para as ADI, ADC.

vez, incrementaram a proteção dos direitos transindividuais. Nesse sentido, ensina Zavaski (2011, p. 16) que foi de:

[...] enorme significado para o sistema de tutela jurisdicional a opção do constituinte de ampliar o acesso aos instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade dos preceitos normativos, ou seja, ao sistema de tutela da ordem jurídica abstratamente considerada.

Também foi na Constituição Federal que muitos dos princípios utilizados no direito coletivo tomaram forma. Princípios gerais como: de acesso à justiça, da universalidade da jurisdição, de participação, da ação, do impulso oficial, da economia e da instrumentalidade das formas, também passaram a integrar a estrutura do direito coletivo, transformando-a cada vez mais resistente.

Certamente, foi à luz desses princípios que as ações e os princípios constitucionais coletivos conseguiram se desenvolver, podendo dar amparo à sociedade brasileira, que, por muitos anos, ficou a mercê de não haver tutelas efetivas para consagrar seus direitos. E é nesse sentido, que a Constituição Federal foi tão relevante para o processo coletivo, que já resguardado por disposições legais anteriores (como a LACP e a LAP), ganhou potência constitucional para proteger os cidadãos.

Como um reflexo dessa evolução gradual das tutelas transindividuais no Brasil, tem-se, logo após a promulgação da Lei Magna, mais uma lei fundamental para o direito coletivo. Cerca de dois anos após a CF/88, a Lei 8.078/90, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, veio para completar as disposições já feitas a nível constitucional. Conforme ensinam Didier Jr. e Zaneti Jr. (2011), o Código de Defesa do Consumidor foi criado por força de determinação da Constituição que obrigou, em seu artigo 5º, inciso XXXII e no artigo 48, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a implementação de uma nova lei que fornecesse mais proteção aos consumidores.

Inicialmente, é importante destacar que o Código de Defesa do Consumidor, está dividido em duas partes, quais sejam: a primeira, dos artigos 1º ao 80º, trata da proteção individual dos consumidores; e a segunda, dos artigos 81º ao 104º, (correspondentes ao Título III do Código), trata da defesa coletiva dos direitos dos consumidores. Logo, é a segunda parte do CDC que interessa ao tema, e é dela que irá se tratar.

A primeira grande contribuição deste Código para a defesa dos direitos coletivos, veio em seu artigo 81, que conforme ensinam Didier Jr. e Zaneti Jr. (2011, p. 48), estabeleceu “[...] os conceitos de direitos difusos, coletivos *strictu sensu* e individuais homogêneos”. Ainda, o mesmo autor afirma que, essa disposição legal atingiu “[...] um tema que até então não havia sido esclarecido por nenhuma legislação nacional de forma expressa e que era

conturbado, inclusive na doutrina especializada” (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, 2011, p. 48), uma vez que, até então, nem mesmo a LACP ou a Constituição Federal cuidaram de definir e distinguir os direitos coletivos que deveriam ser protegidos pela legislação vigente. O que, entre a doutrina e jurisprudência, causava certa insegurança no momento da aplicação da lei, gerando a preocupação dos juristas que, com certo alívio, receberam as novas determinações do CDC.

Mas, não foi essa a grande novidade do CDC para o sistema brasileiro. Nunes (2009, p.729, grifo nosso), explica que:

A Constituição Federal faz referência aos direitos difusos e coletivos (inciso III do art. 129), mas não os define. Foi a Lei n. 8.078/90 que tratou de apresentar os parâmetros definidores de direito difuso e direito coletivo, e o fez no art. 81. E à guisa de explicitar o sentido de cada um, **acabou por trazer uma nova espécie, a dos “direitos individuais homogêneos.**

Desta forma, a grande inovação do CDC foi ter trazido pela primeira vez no ordenamento brasileiro, o conceito de tutela dos direitos individuais homogêneos. Assim, concluem Grinover, Nery Junior e Watanabe (2011, p. 133) que foi por este Código que “[...] veio a consagração definitiva, no sistema brasileiro, da categoria das *class actions for damages* [...]” já constituída no sistema estadunidense na *Rule 23*, de 1966. Logo, fica visível a importância desta norma que, nas palavras de Rodrigues (2006, p. 40) “[...] trouxe uma imensa contribuição para a garantia de tais direitos” já que, “pela primeira vez se utiliza a expressão ações coletivas, para permitir a defesa dos interesses individuais homogêneos.”

Além desses grandes avanços trazidos pelo CDC, o artigo 90, do CDC e o artigo 21, da LACP (dispositivo acrescentado pelo artigo 117 do CDC), trouxeram outra inovação, ao estabelecer uma conexão direta entre estas legislações, permitindo a complementação de uma pela outra, e formalizando o chamado “microsistema de tutelas coletivas” no Brasil. Ademais, o CDC, em seu artigo 110, também criou a possibilidade de se protegerem “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”, garantindo a utilização da ação civil pública para defesa de todos os direitos transindividuais, tornando o rol do artigo 1º da LACP meramente exemplificativo, e não mais, taxativo. Desta forma, “existe uma interação das normas processuais coletivas (da LACP e do CDC), conferindo unidade ao sistema processual coletivo [...] que determina aplicação recíproca e simbiótica dessas normas” (SOUZA, 2010, p. 540). Nesse mesmo sentido, ensinam Grinover, Nery Junior e Watanabe (2011, p. 67) que:

A mais perfeita interação entre o Código e a Lei nº 7.347, de 24.7.85, está estabelecida nos arts. 90 e 110 *usque* 117, de sorte que estão incorporadas ao sistema de defesa do consumidor as inovações introduzidas pela referida lei especial, da mesma forma que todos os avanços do Código são também aplicáveis ao sistema de tutela de direitos criado pela Lei nº 7.347.

Assim, pode-se dizer que o CDC “[...] veio coroar o trabalho legislativo, ampliando o âmbito de incidência da Lei da Ação Civil Pública, ao determinar sua aplicação a todos os interesses difusos e coletivos” (GRINOVER; NERY JUNIOR; WATANABE, 2011, p. 42).

Deste modo, “[...] em apenas cinco anos estava formado o núcleo essencial para a defesa em juízo de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos” (ALMEIDA, J., 2010, p. 336). Primeiro, em 1985, com a Lei da Ação Civil Pública, que anunciou o início da tutela coletiva no Brasil; depois, em 1988, com a Constituição Federal, que firmou a defesa dos direitos coletivos como direito fundamental; e por último, o CDC, em 1990, que deu as últimas definições de como seriam desenvolvidos estes institutos, trazendo uma nova categoria de direito coletivo, consolidando a Ação Coletiva como instrumento efetivo de proteção dos direitos transindividuais, e firmando o microssistema processual das ações coletivas no Brasil. Nesse sentido, sobre o microssistema de tutela coletiva, ensinam Didier Jr. e Zaneti Jr. (2011, p. 50):

Com isso cria-se a novidade de um microssistema processual para as ações coletivas. No que for compatível, seja a ação popular, a ação civil pública, a ação de improbidade administrativa e mesmo o mandado de segurança coletivo, aplica-se o Título III do CDC. Desta ordem de observações fica fácil de determinar, pelo menos para as finalidades práticas que se impõem, que o diploma em enfoque se tornou um verdadeiro “Código Brasileiro de Processos Coletivos” um “ordenamento processual geral” para a tutela coletiva.

É certo que todas as leis que versem de direitos coletivos, como as que já foram citadas (o Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso e a própria Lei da Ação Popular, por exemplo), também compõe esse microssistema de tutelas coletivas, que, apesar de não terem um código específico, em conjunto com o CDC e da LACP, formam um verdadeiro instrumento de proteção dos direitos da coletividade.

Assim, com todas essas disposições coletivas, mesmo que presentes em legislações esparsas, o sistema brasileiro se tornou um modelo a ser seguido pelos outros países da civil law, que, como o Brasil, permaneceram inertes à esses conceitos por muito tempo (se comparado com os países de common law), retardando a sua concreção como direito em suas ciências jurídicas. Desta forma, confirmam Grinover, Nery Junior e Watanabe (2011, p. 42-43) que “[...] o sistema jurídico brasileiro sobre a tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos tem exercido influência em alguns ordenamentos da América Latina”.

Foi também, certamente depois da vigência dessas leis e da estruturação das tutelas coletivas no Brasil, que, finalmente, conseguiu-se cindir com o direito individual tão

enraizado no sistema, por mais que este ainda exerça sua supremacia entre os debates das faculdades e do poder judiciário brasileiro. Ainda, sobre a influência do sistema brasileiro de tutelas coletivas, e sua cisão com o direito individual, Bandarra (apud MOREIRA, 2010, p. 413-414) explica que:

No plano constitucional, não há dúvida no sentido de que o nosso sistema é o mais evoluído do mundo. Prova disso é que os direitos ou interesses coletivos, amplamente considerados, estão inseridos na CF/1988 na qualidade de direitos fundamentais (Título II, Capítulo I). E mais: as ações coletivas em geral, em suas mais variadas espécies, estão inseridas na CF, na condição de garantias constitucionais. Portanto, foi consagrado um avançado modelo constitucional de tutela coletiva no Brasil, o que impõe uma mudança de paradigma em relação ao sistema de tutela individual.

E, complementando os dizeres de Bandarra, Gavronski (2010, p. 50), conclui que: “[...] integrados, esses dispositivos compõem um das mais avançadas legislações no direito comparado para a defesa coletiva dos direitos, contribuindo definitivamente para um efetivo acesso à justiça desses interesses no Brasil.” Desta forma, pode-se dizer que toda a sistemática de tutelas coletivas no Brasil conseguiu dar mais chances do povo brasileiro de proteger seus direitos, que são diariamente violados.

Com essa moderna forma de proteção brasileira, pode-se dizer que o povo brasileiro está mais estruturado e com instrumentos mais precisos para consagração de seus direitos, e podendo se orgulhar da legislação brasileira, “de modo que, se ainda é insatisfatória a tutela de tais interesses, certamente ‘não é a carência de meios processuais que responde’ por isso” (BARBOSA MOREIRA apud ZAVASKI, 2011, p. 32).

Atualmente, os debates acerca do sistema brasileiro de tutelas coletivas estão voltados sobre o projeto do para a nova lei de Ação Civil Pública, de nº 5.139/2009, que, parado desde Maio/2010 (uma vez que a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados rejeitou em 17-03-10), revogaria as Leis nºs 7.347, de 1985 e 11.448, de 2007; além dos dispositivos do CDC, e de outras leis que tratam sobre a tutela coletiva de direitos. Até ser aprovado, contudo, o *microsistema de processo coletivo* continua em vigor, dando pleno amparo aos direitos transindividuais do povo brasileiro.

2.3 O DIVÓRCIO ENTRE A TUTELA INDIVIDUAL E A COLETIVA (CPC X CPCC)

Voltando um pouco na história da sociedade, para entender como se desenvolveu a necessidade da tutela coletiva, é possível observar que, até mesmo no âmbito individual o processo como ciência jurídica é algo recente na história, e só se desenvolveu “como ciência na segunda metade do século XIX, a partir de quando pode ser definido seu *objeto* específico

e estabelecido seu *método* próprio” (DINAMARCO, 2009a, p. 52). Antes disso é possível verificar que a sociedade tinha uma organização jurídica que não contemplava o direito processual, e dava ênfase ao direito individual, principalmente por influência das ideias liberais anunciadas nas Revoluções Francesa e Industrial.

Para entender esse processo de transição da tutela individual para a coletiva, começaremos a tratar do desenvolvimento dos tipos de Estado, primeiramente a partir da análise do Estado Liberal, da França no século XVIII, até chegar no Estado Democrático, moderno, que é consagrado em nossa Constituição Federal de 1988, transpassando pelos movimentos de acesso à justiça do século passado, que foram de fundamental importância para o surgimento das ações coletivas no Brasil.

Iniciando a análise do Estado Liberal, é possível ver que sua origem se deu na Revolução Francesa, quando as ideias de igualdade, liberdade e fraternidade estavam em alta. Desta forma, tomado pelos lemas da revolução, o Estado Liberal estabeleceu o tratamento isonômico entre seus cidadãos, desprezando as diferenças sociais da época, e, portanto, ignorando a noção de igualdade de fato. Sendo assim, essa isonomia tão conclamada pelo ideais revolucionistas, era, na verdade, uma ideia abstrata de igualdade, já que consagrada meramente no âmbito formal, e não material, ou seja, era, apenas, legalmente determinada (LENZA, 2008). Nesse mesmo sentido, explica o autor Marinoni (2008, p. 23-24, grifo do autor):

A igualdade, que não tomava em conta a vida real das pessoas, era vista como garantia da liberdade, isto é, da não discriminação das posições sociais, pouco importando se entre elas existissem gritantes distinções concretas. O Estado Liberal tinha preocupação com a defesa do cidadão contra as eventuais agressões da autoridade estatal e não com as diferentes necessidades sociais. A impossibilidade de o Estado interferir na sociedade, de modo a proteger as posições sociais menos favorecidas, *constituía consequência natural da suposição de que para se conservar a liberdade de todos era necessário não discriminar ninguém, pois qualquer tratamento diferenciado era visto como violador da igualdade – logicamente formal.*

Conforme ensina Gregório Almeida (2003, p. 49-50), as principais características do Estado Liberal de Direito eram “[...] a) a supremacia da Constituição; b) a separação dos poderes; c) a superioridade da lei; e d) garantia dos direitos individuais.” E, desta forma, como consequência dessas premissas, “[...] a proteção do sistema jurídico passou, assim, a ser direcionada para o indivíduo, contra a interferência do Estado em sua vida privada.” É neste momento, então, da instituição do Estado liberal e do culto à proteção do direito privado, que surgem os direitos fundamentais de primeira geração, voltados, à proteção do direito individual do cidadão (LENZA, 2008). Nesse sentido, explica Ovídio A. Baptista da Silva

(1998, p. 17, grifo do autor), citando Sérgio Chiarloni e Orlando Carvalho, acerca das grandes influências que essa perspectiva individualista provocou no ordenamento jurídico:

O atomismo individual, que caracterizou a doutrina política nascida na Revolução Francesa, a impedir as formações sociais intermediárias entre os indivíduos e o Estado, refletiu-se nas concepções da doutrina processual com uma intensidade inaudita e ainda hoje oferece resistência tenaz às ideias contemporâneas, que procuram adequar o Processo Civil às novas necessidades sociais.

Entretanto, essas ideias liberais adotadas na época, ao invés de estabelecerem a igualdade e promoverem os direitos fundamentais, tiveram efeitos danosos, e, por fim, aumentaram as disparidades sociais entre burgueses e trabalhadores, fortalecendo o sistema capitalista, e deixando a maior parte da população à margem da sociedade (GAVRONSKI, 2010).

Logo, essa regra de manter a igualdade formal, marcada pelo abstencionismo ou neutralismo do Estado Liberal, gerou verdadeiras injustiças na sociedade, que passou a lutar por seus direitos sociais. Assim, foram esses movimentos sociais que, rompendo com as ideais liberais, desvelaram “[...] a insuficiência das liberdades burguesas [...]” e “[...] permitiram que se tivesse consciência da necessidade da justiça social [...]” (SILVA, 2005, p. 115), para que fosse possível realizar uma igualdade de fato, e não meramente legal e abstrata.

Lenza (2008, p. 30), explica, então, que “[...] a transformação da sociedade, intimamente ligada à transformação do Estado (talvez a sua propulsora), acarretou a necessária alteração da *prestação jurisdicional*, que passou a se adequar às novas realidades e necessidades sociais.” Desta forma, a população, inconformada com sua condição social, começou a exigir uma mudança de atuação do Estado, a fim de que se acabassem com as injustiças sociais. Assim, os princípios que regulavam o Estado liberal, que davam um enfoque no indivíduo, não conseguiam mais responder aos anseios proporcionados pelos novos movimentos sociais, para a construção de uma nova sociedade (LENZA, 2008).

Por conseguinte, “[...] criava-se o contexto social para a configuração do Estado Social ou de Bem-estar e a positivação dos direitos sociais, que exigiam, como regra, uma intervenção positiva (um fazer) em favor do alcance de uma igualdade material” (GAVRONSKI, 2010, p. 40). Portanto, é destes novos movimentos, que nasce o Estado Social (também chamado de *welfare state*, e ainda por Capella (2002), de estado assistencial ou intervencionista), que diferentemente do Estado Liberal, buscava a igualdade real dos seus cidadãos, para a diminuição das desigualdades sociais.

Nesse mesmo sentido, explica La Bradbury (2006, p. 1), que:

A diferença básica entre a concepção clássica do liberalismo e a do Estado de Bem-estar é que, enquanto naquela se trata tão somente de colocar barreiras ao Estado,

esquecendo-se de fixar-lhe também obrigações positivas, aqui, sem deixar de manter as barreiras, se lhes agregam finalidades e tarefas às quais antes não sentia obrigado

Desta forma, nas palavras de Lenza (2008, p. 34) pode-se dizer que houve “[...] a transformação de um Estado passivo, de um *Estado liberal* mínimo, para o *Estado Social* ativo, efetivador dos direitos humanos.” E é desse novo contexto, que surgem os direitos fundamentais de 2ª geração, voltados para a proteção dos direitos sociais, culturais e econômicos.

Entretanto, apesar de suas premissas se coadunarem com um Estado de realização da justiça social, o que se viu na prática é que o intervencionismo estatal adotado pelo Estado social, legitimou regimes totalitaristas, como os do fascismo e o do nacional-socialismo. Desta forma, explica Bonavides (2007, p. 203) que o “Estado social significa intervencionismo, patronagem, paternalismo [...]”, concluindo que “[...] o Estado social, por sua própria natureza, é um Estado intervencionista, que requer sempre a presença militante do poder político nas esferas sociais” (BONAVIDES, 2007, p. 200).

Logo, por mais que as intenções do Estado Social tenham sido as melhores, este não conseguiu cumprir com sua função ao suprimir algumas garantias individuais. Consequentemente, a sociedade moderna, necessitando de inovações pôs fim ao Estado social, para a implementação do Estado Democrático de Direito. Portanto, o estado democrático de direito, baseados em novos ideais, “[...] surge como uma forma de barrar a propagação de regimes totalitários que, adotando a forma de Estado Social, feriam as garantias individuais, maculando a efetiva participação popular nas decisões políticas” (LA BRADBURY, 2006, p. 1).

Desta forma, o Estado Democrático de Direito, é um Estado que assegura os direitos fundamentais individuais conquistados a partir da Revolução Francesa, que se divorciando da concepção liberal individualista burguesa e acabando com a ideia da igualdade formal, passa a ter uma função mais ativa na realização das políticas sociais; além de, diferentemente dos sistemas totalitários do Estado Social, oferecer na sua feição constitucional “[...] a garantia da tutela dos direitos da personalidade” (BONAVIDES, 2007, p. 204). Sendo, portando, “[...] a transformação da realidade social” (ALMEIDA, 2003, p. 55), a verdadeira finalidade do Estado Democrático de Direito.

Capella (2002, p. 147-148), aponta como características do Estado Democrático de Direito:

Entre as características constitutivas da ideia de «estado de direito» costumam mencionar-se as seguintes: 1) reconhecimento constitucional de direitos fundamentais e liberdades políticas básicas; 2) império da lei como expressão da

vontade popular; 3) separação dos poderes do estado; 4) submissão à lei dos poderes públicos [...];

Assim, pode-se afirmar que o Estado moderno rechaça os ideais liberais, para ser, “embora sem atitudes paternalistas, ‘a providência do seu povo’, no sentido de assumir para si certas funções essenciais ligadas à vida e desenvolvimento da nação e dos indivíduos que a compõe” (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2006, p. 43).

É deste modelo de Estado, garantidor e efetivador de direitos humanos, que surgem os direitos fundamentais de 3º geração, que, segundo Lenza (2008, p. 34) “[...] podem ser designados como *transindividuais*, ou *metaindividuais*, direitos que transcendem o indivíduo [...]” e “[...] encontram a sua correspondência no lema da *fraternidade* (ou *solidariedade*), profetizado na Revolução Francesa.” Aponta-se como princípios do Estado Democrático de Direito:

a) constitucionalidade, que se expressa pela vinculação do Estado a uma constituição; b) organização democrática da sociedade, consistente na preservação da liberdade de participação social e política dos cidadãos e das entidades sociais emergente; c) sistema garantista de direitos fundamentais individuais e coletivos; d) justiça social; e) igualdade, não apenas formal, mas, necessariamente, material; f) divisão de poderes ou de funções; g) legalidade, especialmente para a exclusão do arbítrio e da prepotência; h) segurança e certeza jurídicas. Pode, ainda, ser acrescentado: i) o princípio da máxima prioridade na proteção e efetivação dos direitos transindividuais, no sentido de que o Estado, em todos os seus níveis, deve dar prioridade aos direitos sociais fundamentais da sociedade, como os relacionados ao meio ambiente, ao patrimônio público, cultural, cuja violação e falta de proteção, pelas consequências sociais produzidas, retiram o verdadeiro valor substancial da democracia e deslegitima, pela omissão, a atuação estatal (ALMEIDA, 2003, p. 57-58).

Baseados nesses princípios, o Brasil, adotou essa nova concepção de Estado Democrático de Direito, que foi definitivamente instaurada com o advento da Constituição Federal que consagrou, em seu artigo 1º o Estado Democrático de Direito brasileiro (ALMEIDA, 2003).

Paralelamente a esses acontecimentos históricos que determinaram na sociedade a mudança do tipo de Estado, estava o desenvolvimento do direito processual civil. Assim, as definições acerca dos fenômenos do processo, acabaram por ser consequências das mudanças sociais e políticas, que aconteceram na Europa desde o século XVIII, que ao alterarem as relações entre o Estado e o indivíduo, acabaram rompendo com as velhas estruturas jurídicas (DINAMARCO, 2008). Este, que por muito tempo foi confundido com o direito material, passou, então, a ser entendido como ciência por volta no final do século XIX, portanto, na transição entre o Estado Liberal e o Social. Nesse sentido, explica Marinoni (2008, p. 159):

Quando ainda não havia separação científica entre direito material e direito processual, a ação era envolta na mesma massa do direito material. Até meados do

século XIX não se vislumbrava a possibilidade de a ação ser colocada em um plano distinto do plano do direito material.

E “[...] foi esse *sincretismo* jurídico, caracterizado pela confusão entre os planos substancial e processual do ordenamento estatal, que no século XIX principiou a ruir” (DINAMARCO, 2008, p. 18). Assim, explica Gonçalves (2010), que foi em 1868 que Oskar Von Bulow (em sua obra ultracitada “Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias”) conseguiu acabar com as concepções até então adotadas, que não consideravam o processo civil como uma ciência. Desta forma, Bulow revolucionou a ciência jurídica, estabelecendo um marco na história do processo civil individual, ao admitir que uma relação entre as partes do processo (definida como um conjunto de ônus, poderes e sujeições) pudesse coexistir independentemente de um direito material. E foi a partir destas novas ideias que o processo civil “[...] adquiriu autonomia, como ciência independente, passando a ter institutos e princípios próprios” (GONÇALVES, 2010, p. 21). E ainda, sobre o assunto, Ovídio Baptista da Silva (1998, p. 16), confirma que:

Deve-se ao jurista alemão OSKAR VON BULLOW o mérito de haver, em 1868, numa obra que se tornou clássica e universalmente conhecida, mostrar a importância do estudo da relação processual como relação de direito público que se forma entre o particular e o Estado, determinando as condições e pressupostos de sua existência e validade, assim como os princípios e regras que a presidem.

Posteriormente, quando já assentada e superada a fase autonomista do processo (considerada como sendo seu segundo momento metodológico, sendo o primeiro o *sincretismo jurídico*), muito se discutiu sobre sua estrutura, e hoje esta ciência já muito mais avançada do que séculos atrás, tende a fazer outros questionamentos acerca de sua real função. Chegamos, assim, ao que Dinamarco (2008, p. 22), chama de “[...] *terceiro momento metodológico* do direito processual caracterizado pela consciência da *instrumentalidade* [...]” processual. Foi neste momento, então, que inicialmente superou-se, também “[...] a postura inerte e absenteísta do Estado Liberal clássico [...]” que “[...] evoluindo para um Estado que privilegia os direitos sociais, culturais e econômicos [...]”, implementou a igualdade substancial como princípio, e, posteriormente possibilitou “[...] a inserção do ser humano na coletividade, sedenta pela realização de seus direitos de solidariedade” (LENZA, 2008, p. 126). Neste sentido, o mesmo autor explica:

O processualista sensível aos grandes problemas jurídicos sociais e políticos do seu tempo e interessado em obter soluções adequadas sabe que agora os conceitos inerentes à sua ciência já chegaram a níveis mais do que satisfatórios e não se justifica mais a clássica postura metafísica consistente nas investigações conceituais destituídas de endereçamento teleológico. Insistir na autonomia do direito processual constitui, hoje, como que preocupar-se o físico com a demonstração da divisibilidade do átomo.

Assim, pode-se afirmar que a perspectiva instrumental do processo visa a realização da justiça social, trazendo a ação para mais próximo do usuário do aparelho judiciário. Desta forma, o processo deixa de ser meramente uma técnica, para cumprir escopos fundamentais a fim de pacificar e fazer prevalecer “os autênticos valores da sociedade” (DINAMARCO, 2009a, p. 62), fazendo com que a técnica e a ciência sejam adequadamente aplicadas para, enfim, poder haver um resultado mais justo nas demandas. A respeito dessa questão, Lenza (2008, p. 124) explica que é a partir da visão instrumentalista do processo, que começam a haver preocupações em atingir escopos, como o social, o político e o jurídico, a fim de promover a *efetividade do processo*. Nessa senda, explica Dinamarco (2009b, p. 177), que:

Todo instrumento, como tal, é meio; e todo meio só é tal e se legitima, em função dos fins a que se destina. O raciocínio teleológico há de incluir então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, ou seja, dos propósitos norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam.

Logo, com essa evolução da ciência processual foram muitos os reflexos sentidos na dogmática jurídica, ocasionando, conseqüentemente, enormes mudanças nas estruturas do sistema, que teve que se adaptar às novas funções do processo. Sendo assim, é nessa linha de transformação, que nasce o entendimento de que este tem como escopo proporcionar aos seus “consumidores” um acesso à uma ordem jurídica justa. E é também nesse conceito de instrumentalidade do processo, que tem por função a realização de uma justiça social, que surge o movimento de acesso à justiça.

Desta forma, o explica Dinamarco (2009a, p. 63) que:

É a instrumentalidade o núcleo e a síntese dos movimentos pelo aprimoramento do sistema processual, sendo consciente ou inconscientemente tomada como premissa pelos que defendem o alargamento da via de acesso ao Judiciário e eliminação das diferenças de oportunidades em função da situação econômica dos sujeitos, nos estudos e propostas pela inafastabilidade do controle jurisdicional e efetividade do processo criminal ou pela igualdade em qualquer processo, no aumento da participação do juiz na instrução da causa e da sua liberdade na apreciação do resultado da instrução.

Assim, foi a partir desse movimento de acesso à justiça liderado, principalmente, por Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988), que o processo civil passou a ter “[...] a constante preocupação pela oferta de meios para o efetivo *acesso à justiça* mediante resultados efetivos e justos” (DINAMARCO, 2009a, p. 53). Vê-se assim, a íntima ligação entre a nova concepção de instrumentalidade do processo, e o princípio de acesso à justiça, que também visa proporcionar aos cidadãos uma adequada prestação jurisdicional. Portanto, pode-se dizer que o acesso à justiça compõe o conceito de instrumentalidade do processo, que está destinado a satisfazer os anseios dos usuários do sistema judiciário.

Nesse sentido, é importante frisar que hoje o acesso à justiça é conceituado como sendo “[...] o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12). Desta forma, nas palavras de Chiovenda (apud DINAMARCO, 2009a, p. 111), “[...] na medida do que for praticamente possível, o processo deve propiciar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem direito de receber’ sob pena de carecer de utilidade e, portanto, de legitimidade social.”

De qualquer forma, antes de se conseguir fornecer um acesso à justiça, vê-se que, conforme demonstram os estudos de Cappelletti e Garth (1988), esse princípio constitucional e essencial, possui muitos obstáculos a serem vencidos. Os autores citam como principais barreiras a serem superadas: as altas custas processuais; morosidade da justiça; o despreparo dos operadores do direito; o desconhecimento dos direitos por parte dos consumidores da prestação jurisdicional; o receio dos jurisdicionados de enfrentar a burocrática, dispendiosa e intimidadora máquina judiciária; a complexidade do instrumento processual; o excesso de formalismo do instrumento processual; a formação liberal individualista do profissional do direito; a neutralidade ideológica dos magistrados decorrente da formação positivista; e a falta de conduta ética de grande parte dos profissionais do direito e até mesmo dos auxiliares da justiça (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

Desta forma, foi a partir desse levantamento das dificuldades que normalmente a sociedade possui para ter acesso ao Poder Judiciário, que Cappelletti e Garth (1988), definiram as “três ondas renovatórias de acesso à justiça”, tentando encontrar soluções que de fato resolvessem os sérios problemas encontrados pelo cidadão na prestação jurisdicional.

A primeira das três ondas voltou-se, principalmente para o problema de assistência judiciária gratuita àqueles de situação financeira desfavorável; a segunda onda refere-se ao problema da representação dos interesses difusos e, por último, a terceira onda dá uma “concepção mais ampla de acesso à justiça”, ou seja, “[...] ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 67-68).

No Brasil, infelizmente, o Código de Processo Civil brasileiro de 1973, seguiu as influências do passado, e, foi moldado, ainda, para responder a demandas que tratassem de “lesões a direitos subjetivos individuais, mediante demandas promovidas pelo próprio lesado” e, por isso não foram previstos ali, “instrumentos para a tutela coletiva desses direitos”

(ZAVASKY, 2011, p. 13), da mesma forma como não foram previstos os direitos subjetivos transindividuais. Nesta senda, confirma João Almeida (2010, p. 335) que:

Pode-se afirmar, sem exageros, que o Código de Processo Civil vigente está todo ele baseado na concepção do liberalismo individualista, destinando-se a regular conflitos intersubjetivos, entre pessoas físicas ou jurídicas, ainda observando a dicotomia público-privado, sem tratar dos novíssimos direitos sociais, em fase de reconhecimento e formação.

Sendo assim, as influências do pensamento de Cappelletti e Garth (1988) somente foram sentidas na Constituição de 1988, que “em seu art. 5º, XXXV, previu o acesso à justiça como direito fundamental.” (ROCHA JUNIOR., 2006, p. 203). O acesso à justiça em no Brasil ficou sendo, portanto, garantia constitucional, o que deu ainda mais força a esse princípio tão importante para ordem jurídica brasileira. Desta forma, a segurança dada pelo artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição à ação (também conhecido como princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional), “[...] figura como verdadeira cobertura geral do sistema de direitos, destinada a entrar em operação sempre que haja alguma queixa de direitos ultrajados ou de alguma esfera de direitos atingida” (DINAMARCO, 2009a, p. 115).

Há, ainda, outra face desse princípio que pode ser desvelada. Uma vez que, garantindo o acesso à justiça, o dispositivo está automaticamente protegendo todos os direitos, sejam eles coletivos ou individuais, sedimentando “[...] o entendimento amplo do termo ‘direito’ [...] não mais restringindo a sua amplitude, como faziam as Constituições anteriores, ao ‘direito individual’.” Assim sendo, na garantia constitucional dada pelo artigo 5º, inciso XXXV, finalmente encontram-se os direitos coletivos, que, tem guarida constitucional para serem protegidos, sendo assegurado aos seus titulares o direito de pleiteá-los em face daqueles que venham à ameaçá-los ou lesá-los. Logo, entre as garantias fundamentais, que são imprescindíveis para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, agora, se encontra a tutela jurisdicional coletiva, que deve ser protegida como direito constitucionalmente assegurado (SOUZA, 2010). Destarte, esse artigo (5º, inciso XXXV), demonstra as influências que a segunda onda renovatória, que trata dos direitos coletivos, trouxe para o ordenamento nacional, sendo possível notar, assim, que esta inovação mudou a concepção individualista do processo que “[...] era visto apenas como um assunto entre duas partes” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 49).

Neste sentido, foram com essas grandes alterações de concepções, tanto no âmbito jurídico, quanto no político e no social, que foi possível transformar a realidade da ciência do direito. Esta, que não é nada mais do que o reflexo das mudanças da sociedade, teve que se adequar às suas novas necessidades, deixando antigas ideias individualistas para seguir no

caminho do interesse da coletividade, a fim de garantir à sociedade a proteção dos direitos transindividuais.

Essa renovação no sistema jurídico brasileiro também aconteceu, além da garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição já abordada, com a introdução de novos instrumentos para dar curso a demandas coletivas e tutelar direito transindividuais, como a Lei 7.347/85, que se apresentou como verdadeiro marco dessa etapa (ZAVASCKI, 2011). Assim, nesse sentido, Gregório Almeida, (2003, p. 265) explica que: “[...] a lei n. 7.345/85, que instituiu a ação civil pública, significou o ingresso do Brasil na denominada segunda onda renovatória do acesso à justiça, que foi (e ainda é) um grande movimento mundial ocorrido nos países mais civilizados para a tutela dos direitos difusos.” Logo, é justamente essa fase *instrumentalista* do processo, que “[...] serviu como pano de fundo para que a disciplina sistemática da *ação civil pública* se tornasse uma realidade” (VIGLIAR, 1998, p. 24) aqui no Brasil. Nesse sentido, ainda afirma Dinamarco (2009b, p. 25).

A visão instrumental que está no espírito do *processualista* moderno transparece também, de modo bastante visível, nas preocupações do *constituente* e do *legislador* brasileiro da atualidade, como se vê na Lei dos Juizados Especiais, na Lei da Ação Civil Pública, no Código de Defesa do Consumidor e no Código de Defesa da Criança e do Adolescente (medidas destinadas à efetividade do processo, especialmente mediante a oferta da tutela jurisdicional coletiva).

Desta forma, percebe-se, assim, que o acesso à justiça para a tutela de interesses transindividuais tem dimensão social e política (GRINOVER; NERY JUNIOR; WATANABE, 2011), principalmente, porque a Ação Civil Pública serve de meio para a proteção jurisdicional do direito de inúmeras pessoas, voltado à proporcionar uma resolução única para todos os que estão passando pela mesma situação (VIGLIAR, 1998). Portanto, a ação civil pública “constitui efetivo instrumento de participação do cidadão e da sociedade na função jurisdicional do Estado” (VIGLIAR, 1998, p. 53) e, ainda proporciona “[...] um aumento (qualitativo e quantitativo) significativo de efetivo *acesso à justiça*, canalizando para o judiciário *conflitos coletivos* [...] que até então ficavam à margem de uma solução proporcionada com a participação do Estado [...]” (VIGLIAR, 1998, p. 184).

Ainda, nesta senda, Grinover; Nery Junior e Watanabe (2011b, p. 04), citando Denti Vittorio, explica que:

A solução dos conflitos na dimensão molecular, como demandas coletivas, além de permitir o acesso mais fácil à justiça, pelo seu barateamento e quebra de barreiras socioculturais, evitará a sua banalização que decorre de sua fragmentação e conferirá peso político mais adequado às ações destinadas à solução desses conflitos coletivos.

Assim, essa característica das ações coletivas delineada por Grinover; Nery Junior e Watanabe (2011b), também pode ser chamada de *princípio processual coletivo do máximo*

benefício da tutela jurisdicional coletiva comum, uma vez que visa “[...] o aproveitamento máximo da prestação jurisdicional coletiva, para evitar novas demandas, mesmo e especialmente as individuais que tenham como fundamento idêntico causa de pedir” (ALMEIDA, 2003, p. 576), evitando-se dessa forma a multiplicação de demandas individuais, e assegurando um resultado satisfatório da demanda. Nesse sentido, reforça Grinover (2000, p. 10):

A sobrecarga dos tribunais e a sensação de inutilidade das decisões individualizadas eram agravadas pela frequente contradição dos julgados e pela demora na solução das controvérsias. A finalidade social da função jurisdicional, que é de pacificar com Justiça, perdia-se diante da fragmentação e pulverização dos conflitos, sempre tratados a título individual. A substituição de decisões atomizadas (na expressão de Kazuo Watanabe) pelo tratamento molecular das controvérsias, levando à solução do Judiciário, de uma só vez, conflitos que envolvem milhares ou milhões de pessoas, significou tornar o juiz a peça principal na condução de processos de massa, que, por envolverem conflitos de massa têm sempre relevância política e social. Graças aos processos coletivos, o Judiciário, saindo de uma posição frequentemente distante e remota, tornou-se protagonista das grandes controvérsias nacionais.

E é por esse motivo, portanto, que a ação civil pública, e todas as outras ações coletivas, constituem verdadeiros instrumentos que possibilitam o acesso à justiça e, permitindo a solução de diversas demandas de uma única vez, dando decisões iguais, evitando demandas repetitivas e desafogando o judiciário, conseguem cumprir com sua principal função de proteção dos direitos transindividuais, exercendo papel essencial no direito brasileiro.

Desta forma, é com base em todos os princípios que formam o Estado Democrático de Direito brasileiro, como o acesso à ordem jurídica justa, que fica demonstrada a importância da tutela coletiva. Milaré (1995, p. 1), em sua obra de homenagem aos 10 anos de vigência da Lei da Ação Civil Pública expressa sua importância ao afirmar que:

A incorporação ao ordenamento positivo da Lei 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública, como é conhecida -, além de ensejar à Ciência Jurídica passo de inegável progresso, sobremodo alargou as lindes jurídicas da sociedade civil. É que esta, face a institucionalização dos interesses difusos, e à correlata legitimação processual outorgada a entes habilitados a patrociná-la em Juízo, abriu novos horizontes a que inalienáveis valores socioculturais passassem a ser tutelados perante a Justiça.

Assim, os instrumentos de tutela coletiva, incluindo a LACP, renasceram como meio de efetivação e realização desse Estado Democrático, que busca garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, eliminando as desigualdades sociais, assegurando a dignidade, para concretizar o ideal maior que é o de uma sociedade justa e igualitária, tanto em âmbitos políticos, como sociais e econômicos. Desta forma, “observa-se que não existe efetivamente Estado Democrático de direito sem instrumentos eficazes de tutela dos interesses e direitos coletivos” (ALMEIDA, 2003, p. 144).

3 COISA JULGADA: LIMITES, APLICAÇÃO E RELATIVIZAÇÃO

3.1 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS COLETIVOS

Os direitos coletivos *latu sensu*, são aqueles “compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas [...]. São interesses que excedem o âmbito estritamente individual, mas não chegam propriamente a constituir interesse público” (MAZZILLI, 2012, p. 50). Importante, desta forma, salientar neste momento, a diferença entre o interesse⁶ público e o interesse coletivo. Entende-se por interesse público aquele vinculado ao Estado ou aos seus governantes, cujos direitos não coincidem “necessariamente com o bem geral da coletividade” (MAZZILLI, 2012, p. 49). Alguns autores chamam também o interesse coletivo de interesse público primário, este sendo identificado, portanto, como o bem geral, ou da coletividade; e de interesse público secundário, o interesse do Estado (MAZZILLI, 2012, p. 49). Importante destacar, então, que “[...] em suas decisões, nem sempre os governantes atendem ao real interesse da comunidade” (MAZZILLI, 2012, p. 49), e, por esse motivo, torna-se tão relevante a distinção entre essas duas categorias. Pode-se afirmar, então, que os direitos coletivos estão “situados numa posição intermediária entre o *interesse público* e o *interesse privado*” (MAZZILLI, 2012, p. 50).

Assim, “denominam-se *direitos coletivos lato sensu* os direitos coletivos entendidos como gênero, dos quais são espécies: os direitos difusos, os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos individuais homogêneos” (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, 2011, p. 75).

Essa classificação foi feita pela primeira vez pelo Código de Defesa do Consumidor, que trouxe nos três incisos, do parágrafo único, de seu artigo 81, as três classes de direitos coletivos brasileiros, abordando respectivamente, os direitos difusos, os coletivos *strictu sensu* e os individuais homogêneos. Desta forma, o legislador preferiu conceituá-los no CDC para evitar que dúvidas e discussões doutrinárias acerca de seu significado retardassem a efetiva tutela dos interesses coletivos (GRINOVER; NERY JUNIOR; WATANABE, 2011, p. 70). E, assim fazendo, o CDC deu as definições desses direitos, de modo que ficassem “[...] em perfeita consonância com o sistema constitucional, não havendo nada que possa macular suas disposições” (NUNES, 2009, p. 729).

⁶ A doutrina costuma abrir uma discussão referente a diferença entre o termo “interesse” e “direito” coletivo. Entretanto, não tem por objetivo, neste trabalho, demonstrar suas distinções. Contudo, importante, desde já, deixar claro que são aqui adotadas como expressões sinônimas.

Desta forma, ainda explica Gregório Almeida (2003, p. 484), que:

A compreensão desses conceitos legais sobre direitos ou interesses coletivos é de extrema relevância, pois eles não só tem aplicabilidade às relações de consumo, mas também se aplicam, por força da própria lei, a todas as formas de tutela jurisdicional coletiva (LACP, art. 21) que demandem a compreensão desses conceitos. Definições em sentido contrário não tem aplicabilidade aos casos concretos conduzidos à apreciação jurisdicional.

Assim, seguindo a metodologia do Código, primeiramente irá se tratar do conceito de direito difuso, posteriormente de direito coletivo *strictu sensu* e, por último, do direito individual homogêneo.

Os direitos difusos, portanto, são conceituados pelo inciso I, do parágrafo único do artigo 81, que, por oportuno, transcreve-se:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

Desta forma, sob a ótica do aspecto *subjetivo*, vê-se que “[...] os direitos [...] difusos têm como titulares pessoas indeterminadas e indetermináveis” (ALMEIDA, 2003, p. 486), ou seja, titulares os quais não são possíveis de se conhecer ou identificar. Assim, quando se atinge um direito difuso, um número incalculável (ou indeterminado) de pessoas é prejudicada, sendo esta, portanto, uma das principais características diferenciadoras do direito difuso.

Gidi (apud ALMEIDA, 2003, p. 488), por sua vez, fazendo uma análise por outra perspectiva, afirma que, no caso dos direitos difusos existe sim, na realidade, “[...] um único titular – e muito bem determinado: uma comunidade.” Contudo, apesar de, aparentemente, parecerem definições divergentes, estes conceitos são, na verdade, complementares uma vez que, seja pela definição do CDC, seja pela de Gidi, as duas dão conta de que não é possível identificar pessoas exclusivas como titulares desse direito, uma vez que estes pertencem simultaneamente a toda sociedade. Resumidamente então, pode-se dizer que os “[...] interesses difusos, segundo conceito consagrado pela doutrina, são aqueles que têm por titular toda a comunidade, todo o grupo social [...]” e “[...] deles ninguém é individualmente o titular, ao mesmo tempo que todos, em conjunto, o são” (FLEURY FILHO, 2010, p. 533).

Por conseguinte, em decorrência, dessa indeterminabilidade do titular, vê-se que, sob o aspecto *objetivo*, o objeto do direito difuso é indivisível, “exatamente por atingir e pertencer a todos indistintamente” (NUNES, 2009, p. 732). Nesse sentido, explica o mestre Vigliar (1998, p. 66):

Afirmar que um interesse é indivisível é afirmar que não é possível atribuir a cada um dos interessados, que integram uma determinada coletividade mais ou menos numerosa, a parcela que lhe cabe daquele interesse considerado. Incindível que é, porque a natureza do interesse/direito não comporta uma divisão entre todos os interessados em cotas reais ou ideias, a defesa somente se opera, somente se verifica, somente se viabiliza, na modalidade coletiva (através do que conhecemos hoje por ação civil pública).

Assim, do ponto de vista do direito material, o direito difuso é indivisível, justamente por não ter titulares determinados e por “[...] não poder ser quantificado ou dividido entre os membros da coletividade” (MAZZILLI, 2012, p. 54).

E por último, sob a análise de sua origem, observa-se que estes são de origem comum, não tendo um vínculo jurídico anterior entre seus titulares (ALMEIDA, 2003). Ainda, explica Venturi (2010, p. 184) que esta origem “é meramente circunstancial e fática, não derivando de relações formais entre os seus titulares, que, em última análise, devem ser concebidos como todos os indivíduos”. Nesse sentido, Vigliar (1998, p. 69) reforça que esse é o ponto em comum “que une os integrantes da sociedade”, o fato danoso, que fez originar o direito difuso a toda coletividade.

Assim, Vigliar (1998, p. 70, grifo nosso) citando Mancuso, resumidamente define os direitos difusos:

[...] são interesses metaindividuais que, não tendo atingido o grau de agregação e organização necessário à sua afetação institucional junto a certas entidade ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo (v.g., o interesse à pureza do ar atmosférico), podendo, por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido (v.g., os consumidores). Caracterizam-se: pela indeterminação dos sujeitos, pela indivisibilidade do objeto, por sua intensa litigiosidade interna e por sua tendência à transição ou mutação no tempo e no espaço”

Portanto, são exemplos, de direitos difusos: o direito de respirar ar puro; o direito da comunidade sobre a integralidade do patrimônio público em sentido amplo; entre outros. (ALMEIDA, 2003, p. 488). Ainda, dando exemplo prático, Grinover; Nery Junior e Watanabe (2011b, p. 72), acrescentam:

No campo da relação de consumo, podem ser figurados os seguintes exemplos de interesses ou direitos difusos: a) Publicidade enganosa ou abusiva, veiculada por meio de imprensa falada, escrita ou televisionada, a afetar uma multidão incalculável de pessoas, sem que entre elas exista uma relação-base. O bem jurídico tutelado pelo art. 37 e parágrafos do Código é indivisível no sentido de que basta uma única ofensa para que todos os consumidores sejam atingidos, e também no sentido de que a satisfação de um deles pela cessação da publicidade ilegal, benéfica contemporaneamente todos eles.

Assim, diante desses exemplos, fica mais evidente a razão dos direitos difusos terem titulares indetermináveis e objeto indivisível, uma vez que ao defendê-los se estará tratando do direito de todos da comunidade, e isso significa dizer que eles “não podem ser

satisfeitos nem lesados senão de maneira que atinja a todos os possíveis titulares” (CUNHA, 2001, p. 70).

Outro aspecto dos direitos difusos está no seu caráter não patrimonial. Assim, em decorrência de sua “*essência extrapatrimonial*” (VENTURI, 2010, p. 184), as ações coletivas que tratem desse direito “[...] não garantem propriedade ou liberdade econômica, nem implicam mitigação de desigualdades nesse campo” (LEAL, 1998, p. 103); e, ainda por conta dessa característica, vê-se que “[...] os direitos difusos são insuscetíveis de apropriação individual, de renúncia ou transação, de transmissão, seja por ato *inter vivos*, seja *mortis causa*” (CUNHA, 2001, p. 70). Assim, por não terem caráter patrimonial, os processos que versem de direitos difusos são processos “absolutamente inclusivos” (VENTURI, 2010, p. 184), tendo como principais funções: proporcionar igualdade e *qualidade de vida* a todos, a fim de garantir o direito à integração nas várias esferas da vida social (LEAL, 1998, p. 103).

Finalizando o estudo dos direitos difusos, e partindo para o exame da segunda modalidade de direitos coletivos, chega-se nos direitos coletivos *strictu sensu*, que são definidos pelo inciso II, do parágrafo único, do artigo 81, do CDC:

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: [...]
II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

Assim, sob a ótica do aspecto subjetivo, os direitos coletivos são aqueles “[...] pertencentes a um grupo, categoria ou classe de pessoas indeterminadas, mas determináveis” (ALMEIDA, 2003, p. 489). Desta forma, conforme explica Cunha (2001, p. 70) “[...] a indeterminação de seus titulares é relativa, e não absoluta, como o é no caso dos difusos” (CUNHA, 2001, p. 70). Neste sentido, explica Venturi (2010, p. 185):

Diferentemente do que ocorre com os direitos difusos, quando as pretensões indivisíveis encontram-se dispersas entre indivíduos indeterminados e indetermináveis, na hipótese dos direitos coletivos a existência de relações formais entre seus titulares, ligados não apenas por circunstâncias fáticas, mas por concretas relações jurídico-formais, torna possível a alusão à corporificação de grupos, classes ou categorias, em torno dos quais se concentram pretensões comuns e indivisíveis.

Então, apesar de inicialmente indeterminados, esses sujeitos são passíveis de identificação por estarem associados em grupos ou classes, tonando-se, por esse motivo, sujeitos determináveis, ao contrário do que acontece com os direitos difusos, cujo sujeito jamais será suscetível de indicação com precisão.

Já sob o aspecto objetivo, os direitos coletivos *strictu sensu* se aproximam dos direitos difusos, uma vez que, por serem também transindividuais e metaindividuais, são indivisíveis (ALMEIDA, 2003 p. 489), ou seja, “não são passíveis de cisão” (VENTURI,

2010, p. 186), já que não há como serem “[...] satisfeitos, tampouco lesados, senão de molde a afetar a todos os possíveis titulares” (CUNHA, 2010, p. 70).

Sobre a origem dos direitos coletivos *strictu sensu*, destaca-se que esta é dada por uma prévia relação jurídica base, que é mantida entre os titulares, ou entre estes com a parte contrária (ALMEIDA, 2003, p. 490). Desta forma, frisa-se que essa relação deverá preexistir aos fatos que potencialmente prejudiquem os titulares, ou seja, esta deverá existir “[...] anteriormente à ocorrência da lesão ou ameaça de lesão do interesse ou direito do grupo, categoria ou classe” (VENTURI, 2010, p. 186). Normalmente, essa relação-base, é formada “[...] entre os associados de uma determinada associação, os acionistas da sociedade ou ainda os advogados, enquanto membros de uma classe, quando unidos entre si” (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, 2011, p. 77). Não esquecendo, entretanto, que esse vínculo também poderá ser com a parte contrária, como, por exemplo, contribuintes de um mesmo tributo, ou também, estudantes de uma mesma escola.

Importante, ainda, esclarecer que, para o sujeito ser integrante dessa classe, que os vincula como relação-base, não há necessidade de que ele tenha um vínculo formal com essa associação ou sindicato, basta apenas que ele se enquadre dentro dessa categoria de fato. “Assim, não podem as pretensões genuinamente coletivas ser identificáveis em relação a apenas alguns dos membros da classe, pois são comuns a toda uma categoria, grupo ou classe social” (VENTURI, 2010, p. 186).

Nesse sentido, o mesmo autor explica:

[...] os componentes de uma determinada coletividade são identificáveis não propriamente em função do vínculo associativo ou sindical que as reúne - que, aliás, deve ser compreendido como meramente facultativo e eventual -, mas sim em função do enquadramento de cada um no regime jurídico próprio, comum e indivisível da pretensão coletiva (VENTURI, 2010, p. 187).

E, mais adiante, o mesmo autor traz um exemplo:

Perceba-se que a circunstância de um trabalhador da construção civil optar por não se sindicalizar, ou de um servidor pública municipal, estadual ou federal não se vincular a uma associação de classe, como lhes garante a Constituição Federal, não lhes retira a qualidade de cotitulares de pretensões substanciais que são naturalmente inerentes às respectivas categorias, identificáveis - repita-se - pela essência do interesse metaindividual, jamais pela simples verificação de quais são os associados ou sindicalizados da entidade autora (VENTURI, 2010, p. 188).

Rizzatto Nunes (2009, p. 736), assim, traz outros exemplos de direito coletivo *strictu sensu*, tais quais: “[...] a boa qualidade do fornecimento de serviços públicos essenciais como água, energia elétrica, gás; segurança do transporte público de passageiros pela companhia de ônibus; a adequada qualidade dos serviços educacionais pela escola etc.”. E, Lenza (2008, p. 101), por fim, descreve exemplos práticos:

Por *interesses* ou *direitos coletivos*, podem ser elencados os seguintes exemplos: a) o aumento ilegal das prestações de um consórcio: o aumento não será mais ou menos ilegal para um ou outro consorciado. A declaração de ilegalidade produzirá efeitos para o todo, sendo, portanto, indivisível, internamente, o direito da coletividade. [...]; e) o aumento abusivo das mensalidades de planos de saúde, relativamente aos contratantes que já firmaram contratos [...].

Ainda, percebe-se, que nos direitos coletivos *strictu sensu*, da mesma forma como nos direitos difusos, há a característica da “extrapatrimonialidade”. Logo, “[...] assim como os difusos, os direitos coletivos são insuscetíveis de apropriação individual, de renúncia ou transação, de transmissão, seja por ato *inter vivos*, seja *mortis causa*” (CUNHA, 2001, p. 70).

Por último, então, são trazidas resumidamente as diferenças e semelhanças entre essas duas primeiras modalidades de direitos coletivos *lato sensu*. Dessas duas classes de direitos coletivos, é possível extrair que: tanto os direitos difusos quanto os direitos coletivo *strictu sensu* são direitos indivisíveis, onde não há a possibilidade de dividir a titularidade do direito em questão (BRÜNING, FERNANDEZ, 2011, p.135). Assim, em decorrência dessa premissa da indivisibilidade, pode-se afirmar que a lesão a esses direitos afetam a todos os seus titulares, da mesma forma que o cumprimento destes os beneficia (BRÜNING, 2011, p. 136). E ainda, por serem estes direitos essencialmente coletivos, também são chamados pela doutrina de direitos “transindividuais”, “metaindividuais” ou ainda “supraindividuais” e “superindividuais”⁷. Nessa senda, explica Venturi (2010, p. 183) que “[...] a transindividualidade, nota comum aos direitos difusos e coletivos, toma em conta a multiplicidade de indivíduos que aspiram à mesma pretensão indivisível [...]”, ou seja, são somente eles os naturalmente coletivos e essencialmente transindividuais. Ainda, esses dois direitos tem como semelhança a extrapatrimonialidade, que, os tornam incompatíveis com as características dos direitos privados.

Já sobre suas diferenças, Didier Jr. e Zaneti Jr. (2011, p. 77) explicam:

O elemento diferenciador entre o direito difuso e o direito coletivo é, portanto, a determinabilidade e a decorrente coesão como grupo, categoria ou classe anterior à lesão, fenômeno que se verifica nos direitos coletivos *strictu sensu* e não ocorre nos direitos difusos.

Desta forma, “[...] tanto os interesses difusos como os coletivos são indivisíveis, mas se distinguem não só *pela origem da lesão* como também *pela abrangência do grupo*” (MAZZILLI, 2012, p. 56). Firma-se, então, a principal diferença entre essas duas

⁷ Importante frisar, ainda, a divergência da doutrina em apresentar esses conceitos. Assim, explica que “no tratamento doutrinário dos interesses metaindividuais sempre foram empregados ao menos duas expressões para identificá-los, quais sejam: ‘interesses difusos’ e ‘interesses coletivos’ – ora usadas como sinônimas, ora como categorias distintas.”.

modalidades de direitos coletivos que, com o exemplo trazido por VIGLIAR (1998, p. 76), ficará ainda mais clara:

Um exemplo de cada modalidade de interesses poderá marcar bem as diferenças: (a) as vítimas de uma propaganda enganosa, veiculada por meio de comunicação de massa, estão ligadas pelo simples fato de estarem expostas a tal propaganda e, ainda, pelo fato de terem adquirido o produto que prometia o resultado que não poderia jamais realizar; essas vítimas são indetermináveis e não há uma relação jurídica a uni-las; (b) o direito dos alunos de uma determinada escola de ter assegurada a mesma qualidade de ensino em determinado curso: são determináveis os interessados e estão unidos por uma relação jurídica-base comum entre eles e a parte contrária (a escola).

Finalizando assim, a análise das duas primeiras modalidades, segue-se, para a análise do último direito coletivo, os direitos individuais homogêneos, que o CDC traz em seu inciso III, do parágrafo único, do artigo 81: “Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: [...] III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

Analisando seus aspectos subjetivos e objetivos, os direitos individuais homogêneos possuem como titular “[...] pessoas perfeitamente individualizadas, que também podem ser indeterminadas, mas determináveis sem nenhuma dificuldade” (ALMEIDA, 2003, p. 491). Portanto, diferentemente dos direitos transindividuais (correspondente aos direitos difusos e coletivos *strictu sensu*), o direito individual homogêneo, “embora tenha larga expressão numérica quanto aos sujeitos que são titulares, são essencialmente individuais, tanto que o próprio conceito legal não o define como transindividual, e sim como individual” (BRÜNING; FERNANDEZ, 2011, p. 135). Nesse sentido, esclarece Mancuso (apud VENTURI, 2010, p. 193), que, nos casos dos direitos individuais homogêneos “[...] temos um interesse que só é coletivo na *forma* porque é exercido, não em sua essência. Um *feixe* de interesses individuais não se transforma em interesse coletivo pelo só fato de o *exercício* ser coletivo. A essência permanece individual.”

Ainda, nesse sentido, esclarece Venturi (2010, p. 191):

A adequada compreensão do sistema de tutela coletiva brasileira passa, necessariamente, pelo esclarecimento de que tanto se alude à proteção de direitos essencialmente metaindividuais (como acima analisado, os direitos difusos e coletivos *strictu sensu*), visto que caracterizados pela transcendência individual da titularidade e pela indivisibilidade da pretensão de direito material, como, igualmente, à proteção de direitos individuais pela via coletiva, ou seja, a proteção jurisdicional de direitos subjetivos não coletivos através de ações coletivas. (...) Daí a conclusão: pelas ações coletivas, atualmente, tanto é possível a dedução de pedidos de tutela de direitos difusos e coletivos quanto de direitos individuais, desde que adequadamente qualificados como *homogêneos*.

Portanto, antes de mais nada, é importante elucidar, então, que no caso dos individuais homogêneos “[...] não se trata propriamente de tutela de direitos coletivos, senão

de tutela coletiva de direitos individuais, excepcionalmente concebida pelo sistema processual para incentivar a justiça da tais pretensões [...]” que, sem o tratamento coletivo, não conseguiriam ser protegidas (VENTURI, 2010, p. 194). Desta forma, os direitos individuais homogêneos, por receberem um tratamento processual coletivo, são designados de direitos *acidentalmente coletivos*, “pois se constituem de vários interesses ou direitos individuais homogeneamente considerados, que estão ligados pela origem comum” (ALMEIDA, 2003, p. 492). Logo, esse qualificativo de *homogeneidade*, utilizado para permitir a defesa coletiva desses direitos, não os desqualifica sua natureza de direito subjetivo individual (ZAVASCKI, 2011, p. 34). Nesse sentido, Zavascki (2011, p. 35), citando Benjamin, explica:

Em outras palavras, os direitos homogêneos “são, por esta via exclusivamente pragmática, transformados em estruturas moleculares, não como fruto de uma indivisibilidade inerente ou natural (interesses e direitos públicos e difusos) ou da organização ou existência de uma relação jurídica-base (interesses coletivos *stricto sensu*), mas por razões de facilitação de acesso à justiça, pela priorização da eficiência e de economia processuais”.

Importante, também, esclarecer, que, a tutela de direitos individuais homogêneos não se trata de um simples litisconsórcio de direitos individuais, e com ele não se confunde. Nesse sentido, Nunes (2009, p. 736) explica que, o interesse individual homogêneo “[...] não é o caso de ajuntamento de várias pessoas, com direitos próprios e individuais no polo ativo da demanda [...]”, mas sim, caso de tutela coletiva de direitos individuais, conforme já exarado.

Traz-se, ainda, a definição que Leal (1998, p. 159) dá para explicar essa modalidade de direito coletivo. Para ele, “[...] essa subcategoria é disponível para as classes que desejam pedidos condenatórios por dano materiais individualmente sofridos com tratamento coletivo, pedidos estes fundamentados em responsabilidade civil.” Desta forma, o mesmo autor, a partir dessa definição, dá outra denominação às ações coletivas para proteção dos direitos individuais homogêneos, chamando-as de “[...] ações coletivas para defesa de direitos individuais (ACDI) com pedido indenizatório [...]”, uma vez que sua finalidade é conseguir a reparação de danos causados homogeneamente a vários indivíduos.

Sob o ponto de vista de seu objeto, este, como já demonstrado, tem cunho predominantemente individualizado, e, por isso, “[...] são eles sem dúvida divisíveis e distinguíveis entre seus titulares” (ALMEIDA, 2003, p. 491). Ainda sobre o assunto, Cunha (2001, p. 71), explica que, essa “[...] divisibilidade do objeto dos direitos individuais homogêneos resulta da circunstância de que podem ser satisfeitos ou lesados de forma diferenciada e individualizada, satisfazendo ou lesando um ou alguns titulares sem afetar os demais.” Desta forma, “[...] os interesses que compartilham os titulares dos interesses

individuais homogêneos são divisíveis, cindíveis, passíveis de ser atribuído a cada qual dos interessados” (VIGLIAR, 1998, p. 76).

Por último, analisa-se a característica da origem comum dos direitos individuais homogêneos. É por ela que, na verdade, os direitos individuais homogêneos se definem, uma vez que é por sua origem *comum* que estes se diferenciam dos direitos individuais usuais. (VENTURI, 2010). Percebe-se, que esta, tal qual como no direito difuso, é ligada ao fato (ALMEIDA, 2003). Assim, explica Gregório Almeida (2003, p. 491) que:

Em relação a essa origem comum é que existe ponto de semelhança entre os direitos ou interesses individuais homogêneos e os direitos ou interesses difusos, pois ambas as categorias, diferentemente dos direitos coletivos em sentido estrito, dos quais se exige prévia relação jurídica base, nascem ligadas pelas mesmas circunstâncias de fato, não obstante sejam, quanto à titularidade e objeto, totalmente distinguíveis.

Portanto, nos individuais homogêneos, não é a relação jurídica base anterior que define a origem do direito, “[...] o que importa é que sejam todos os interesses individuais ‘decorrentes de origem comum’. O vínculo com a parte contrária é consequência da própria lesão.” Ainda, explica Araújo Filho (apud VENTURI, 2010, p. 197), que:

A origem comum deve ser analisada no sentido de garantir a homogeneidade dos interesses, ou seja, podem ser considerado de origem comum os interesses ou direitos tanto decorrentes de um mesmo fato como de fatos apenas similares, não importa, pois o que se mostra indispensável é que os fatos, por sua simetria, determinem interesses em substâncias homogêneas.

Nesse mesmo sentido, Didier Jr e Zaneti Jr. (2011, p. 78), chamam a atenção para o fato de que essa origem comum, nos direitos individuais homogêneos não precisa ser de “[...] fato que se dê em um só lugar ou momento histórico, mas que dele decorra a homogeneidade entre os direitos dos diversos titulares de pretensões individuais [...]”, e mais a frente concluem que, “[...] ou seja, o que tem em comum esses direitos é a procedência, a gênese na conduta comissiva ou omissiva da parte contrária, questões de direito ou de fato que lhes conferem características de homogeneidade” (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, 2011, p. 79). Logo, “[...] o modelo brasileiro da ação de classe não exige, para sua admissão, a *homogeneidade do grupo referente aos titulares* [...], mas a *homogeneidade da origem* dos direitos individuais” (VENTURI, 2010, p. 198). Desta forma, a tutela coletiva continuará sendo viável e útil, “por mais diversificadas que se revelem as questões pessoais envolvendo as vítimas ou sucessoras do evento lesivo e do demandado, ou mesmo, por mais heterogêneo que se apresente o *grupo* formado por elas” (VENTURI, 2010, p. 199).

Conclui-se, então que, para os direitos individuais homogêneos, “[...] a *homogeneidade* e a *origem comum* são os requisitos para o tratamento coletivo dos direitos individuais” (GRINOVER; NERY JUNIOR; WATANABE, 2011, p. 76). “Daí resulta a

extrema relevância em se investigar em quais condições se dá a aceitação da proteção de direitos individuais pela via coletiva, a partir de sua derivação de uma *origem comu*.” (VENTURI, 2010, p.190).

Observa-se, também, nos interesses individuais homogêneos, outra característica diferenciadora, além das já tratadas. Como consequência de sua característica essencialmente individual, ao contrário dos transindividuais, os direitos individuais homogêneos são “patrimoniais”, assim “[...] fazem parte do patrimônio individual do seu titular, são transmissíveis por ato *inter vivos* ou *mortis causa*, além de poderem ser renunciados e transacionados” (CUNHA, 2001, p. 71).

Para ilustrar essa subcategoria de direito coletivo, usa-se o exemplo de Mazzilli (2012, p. 57), o qual, com muita propriedade, traz sua em sua lição:

Como exemplo de interesses individuais homogêneos, suponhamos os compradores de veículos produzidos com o mesmo defeito de série. Sem dúvida, há uma relação jurídica comum subjacente entre esses consumidores, mas o que os liga no prejuízo sofrido não é a relação jurídica em si (diversamente, pois, do que ocorreria quando se tratasse de interesses coletivos, como uma ação civil pública que visasse a combater uma cláusula abusiva em contrato de adesão), mas sim é antes o fato de que compraram carros do mesmo lote produzido com o defeito em série (interesses individuais homogêneos). Neste caso, cada integrante do grupo terá direito divisível à reparação devida. Assim, o consumidor que adquiriu dois carros terá indenização dobrada em relação ao que adquiriu um só, ao contrário, se a ação civil pública versasse interesses coletivos, em sentido estrito (p. ex., a nulidade da cláusula contratual), deveria ser decidida de maneira indivisível para todo o grupo.

Importante reforçar, portanto, que esses direitos são a grande inovação que o Código de Defesa do Consumidor trouxe para o sistema de tutelas coletivas. Lembrando que, influenciado principalmente pelo sistema estadunidense das *class actions for damages* (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, 2011), os direitos individuais homogêneos apesar de tratados coletivamente, como o próprio nome diz, estes continuam sendo direitos individuais (NUNES, 2009, p. 736). Assim, explica Gidi (apud DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, 2011, p. 78) que:

A importância prática desta categoria é cristalina. Sem sua criação pelo direito positivo nacional não existiria possibilidade de tutela coletiva de direitos individuais com natural dimensão coletiva em razão de sua homogeneidade, decorrente da massificação/padronização das relações jurídicas e das lesões daí decorrentes. A “ficção jurídica” atende a um imperativo do direito, realizar com efetividade a Justiça frente aos reclames da vida contemporânea. Assim, ‘tal categoria de direitos representa uma ficção criada pelo direito positivo brasileiro com a finalidade única e exclusiva de possibilitar a proteção coletiva (molecular) de direitos individuais com dimensão coletiva (em massa). Sem essa expressa previsão legal, a possibilidade de defesa coletiva de direitos individuais estaria vedada.

Fica demonstrada, assim, a importância dessa nova categoria para o ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que sem ela, muitos direitos poderiam continuar sendo violados, sem que se houvesse qualquer tipo de proteção.

Dentre as semelhanças e diferenças dessa modalidade para com as outras, destaca-se que tanto os interesses coletivos *stricto sensu*, quanto os individuais homogêneos são compostos por pessoas determináveis, “[...] contudo distinguem-se quanto à divisibilidade do interesse: só os interesses individuais homogêneos são divisíveis, supondo uma origem comum” (MAZZILLI, 2012, p. 56). Já quanto aos direitos difusos, os individuais homogêneos se assemelham por ambos originarem-se de circunstâncias de fato comuns, “[...] entretanto, são indetermináveis os titulares de interesses difusos, e o objeto de seu interesse é indivisível; já nos interesses individuais homogêneos, os titulares são determinados ou determináveis e o objeto da pretensão é divisível” (MAZZILLI, 2012, p. 57).

Finalizando a análise dos direitos individuais, e fazendo uma retomando das três definições dadas, pode-se dizer então que:

A tutela coletiva abrange dois tipos de interesses ou direitos: a) os essencialmente coletivos, que são os ‘difusos’, definidos no inc. I do parágrafo único do art. 81, e os ‘coletivos’ propriamente ditos, conceituados no inc. II do parágrafo único do art. 81; b) os de natureza coletiva apenas na forma em que são tutelados, que são os ‘individuais homogêneos’, definidos no inc. II do parágrafo único do art. 81. (GRINOVER; NERY JUNIOR; WATANABE, 2011, p. 70):

Logo, “[...] a verdadeira ligação entre tais categorias é de *índole estritamente instrumental*, e não substancial [...]”, uma vez que “[...] tecnicamente revela-se inapropriada uma aproximação conceitual dos direitos difusos e coletivos (essencialmente metaindividuais e indivisíveis) em relação aos individuais homogêneos (essencialmente individuais e divisíveis)” (VENTURI, 2010, p. 194).

Traz-se então, o exemplo dado por Lenza (2008, p. 104) para ilustrar a diferença entre as três categorias de direitos coletivos, que também diferencia estes dos direitos individuais clássicos:

Supondo-se que Maria fosse casa naquele dia e estendia, no varal de seu quintal, o vestido de noiva para a festa nupcial. Momentos antes da celebração, para desespero daquela pessoa, percebera que a fuligem preta proveniente da fábrica, causou-lhe danos tanto materiais (o custo de se alugar um outro vestido), como morais (a dor psíquica em não poder usar aquele vestido que havia sido deixado por sua avó) (interesses individuais clássicos). Outro fato, decorrente do exemplo trazido, pode ser os danos causados à saúde de determinadas pessoas que consumiram aquela água contaminada em sua casa. Sendo determinadas as pessoas, o dano individualmente sofrido, acidentalmente, adquire o caráter coletivo, recomendando-se a pretensão jurisdicional “molecularizada” e não “atomizada” (interesse individual homogêneo). Necessidade de obtenção de equipamentos de segurança para todos os trabalhadores daquela indústria. A ligação deste grupo, categoria, ou classe de pessoas decorre do interesse da coletividade, ligada com a parte contrária (empresa), por uma relação jurídica-base (o contrato de trabalho). Assim, o direito de obterem condições

próprias de trabalho é um direito da coletividade determinada, indivisível e indisponível do ponto de vista individual [...] (*interesse coletivo strictu sensu*). Analisem-se, agora, os danos causados aos mananciais da região. Como determinar quem será atingido por aquele desequilíbrio ecológico? Quem se banhará naquelas águas? Quem utilizará aquela água em suas residências? Qual será a amplitude do impacto no ecossistema local? O dano causado pela poluição daquelas águas transcende a esfera individual (transindividual), envolvendo vítimas *indeterminadas*, ligadas entre si apenas por aquela situação *fática*, implicando, por conseguinte, a *indisponibilidade* daquele direito, bem como sua *indivisibilidade*. Poderá o Ministério Público, por exemplo, ajuizar ação obrigando a empresa recuperar o meio ambiente e colocar equipamentos de maior segurança e filtros para se garantir um meio ambiente ecologicamente equilibrado, não só para as presentes gerações, como, em igual medida, para as futuras (*interesses difusos*).

Importante esclarecer também, que, conforme se extrai do exemplo, de apenas um fato podem surgir, ao mesmo tempo, demandas tanto de direitos difusos, como demandas que venham tratar de direitos coletivos *strictu sensu*, ou ainda, de direitos individuais homogêneos, e, por último, de demandas que versem sobre o direito individual clássico. Tudo dependerá do foco que se dará para o fato ocorrido, e, assim, consequentemente, se ajuizará a devida ação conforme o interesse do demandante. Nesse sentido, concluem Nery Jr. e Nery (apud CUNHA, 2001, p. 71) “[...] o que caracteriza um direito ou interesse como difuso, coletivo ou individual homogêneo é o tipo de pretensão deduzida em juízo. Um mesmo fato pode dar origem à pretensão difusa, coletiva e individual homogênea”. E, ainda, nesta senda, finaliza Lenza (2008, p. 103):

[...] nem sempre poder-se-á afirmar, com exatidão, a natureza jurídica do interesse em questão. Como visto, diante de um único fato podem decorrer interesses individuais (em seu sentido clássico), individuais homogêneos, coletivos (em seu sentido estrito), difusos e, porque não, públicos.

Por fim, esclarece Grinover (2000, p. 11), que, nesses casos em que há a possibilidade de gerar vários direitos de um único fato:

O que importa para os fins da tutela jurisdicional é o que o autor da demanda coletiva traz para o processo. Vale dizer, o seu objeto litigioso. No plano sociológico, o conflito de interesses pode dizer respeito, a um tempo, a interesses ou direitos ‘difusos’ e ‘individuais homogêneos’. Mas o objeto litigioso do processo delimitado pelo pedido, limita-se à parcela de lide sociológica submetida à justiça.

Assim, afirmar que “[...] a correta distinção entre os referidos direitos depende da precisa e exata fixação do objeto litigioso do processo, é dizer [que] depende do pedido e da causa de pedir formulados na petição inicial” (CUNHA, 2001, p. 71).

Portanto, deveras importante a clareza no pedido de uma ação coletiva, pois, como não poderia ser diferente, somente este poderá definir se o objeto que se quer tutelar será de natureza difusa, coletiva, individual homogênea, ou, enfim, individual clássico.

3.2 COISA JULGADA INDIVIDUAL

Inicialmente, é necessário deixar claro que “[...] a coisa julgada não é um instituto de direito processual, mas constitucional” (DINAMARCO, 2009c, p. 302), que, portanto, assumiu uma grande relevância em no ordenamento jurídico brasileiro, a partir do momento em que foi consagrada como uma garantia constitucional pelo inciso XXXVI, do artigo 5º, da nossa Lei Magna. Esta proteção à coisa julgada, enunciada pelo dispositivo da constituição, se dá, principalmente, ao não permitir que esta seja “restringida, inclusive, por lei posterior”. (CAMBI, 2003, p. 74), e, ao assegurar a imunidade das situações consumadas, “[...] em nome de um valor de elevadíssimo grau nas democracias modernas, que é a *segurança jurídica*” (DINAMARCO, 2009c, p. 302). Importante, ainda, fazer a distinção do que a Constituição de fato protege, uma vez que “[...] a garantia, aqui, refere-se à *coisa julgada material*, não à coisa julgada formal [...] Tutela-se a estabilidade dos casos julgados, para que o titular do direito aí reconhecido tenha a certeza jurídica de que ele ingressou definitivamente no seu patrimônio” (SILVA, 2012, p. 436). Desta forma, a coisa julgada formal, por não ter o cunho de decidir a lide, não tem o mesmo amparo dado à coisa julgada material.

Assim, a coisa julgada material tem como principal objetivo “[...] assegurar a certeza nas relações jurídicas” (ARAÚJO, 1999, p. 34), afim de “impor a definitividade da solução judicial acerca da situação jurídica que lhe foi submetida” (BRAGA, DIDIER JUNIOR; OLIVEIRA, 2012, p. 418). Entretanto, apesar de ser uma garantia constitucional, é importante salientar que “[...] a coisa julgada não é instrumento de justiça” (BRAGA, DIDIER JUNIOR; OLIVEIRA, 2012, p. 418), ou seja, esta não tem a feição de assegurar a justiça das decisões (BRAGA, DIDIER JUNIOR; OLIVEIRA, 2012, p. 418). Nesse sentido, explica Theodoro Jr. (2010, p. 77), que:

O fato de a coisa julgada não se apoiar necessariamente sobre a justiça do decisório não lhe diminui a relevância dentro da ordem constitucional. É que o Estado Democrático de Direito é impensável fora da garantia de segurança jurídica, e é em seu nome que se estrutura o instituto da coisa julgada.

Ainda, para começar a se analisar o instituto da coisa julgada, é importante estudar alguns aspectos pontuais daquela que lhe gera: a sentença. Assim, a sentença, que é “[...] o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa” (ARENHART; MARINONI, 2012, p. 404), possui dois elementos: um interno e outro externo. O elemento interno da sentença é a força (também chamada de conteúdo por alguns doutrinadores), e é possível vislumbrá-la “[...] ao olhar dentro do pronunciamento judicial, medindo-lhe, por assim dizer sua aptidão de dimanar efeitos [elemento externo] de igual grandeza” (PONTES

DE MIRANDA apud MITIDIERO, 2003, p. 452). A força, então, é aquilo que está “contido” na decisão e, portanto, integra o ato, ou seja, compõe a sentença.

Já o seu elemento externo são os efeitos que esta é capaz de produzir, portanto, diferentemente do elemento interno, este não integra o ato, mas é posterior a ele. Esclarece-se, assim, que “[...] conteúdo e efeito são verdadeiramente entidades inconfundíveis. Aquilo que integra o ato não resulta dele; aquilo que dele resulta não o integra” (MOREIRA 1989, p. 176). Moreira (1989, p. 176), ainda ensina que:

É natural que se estabeleça relação íntima entre o conteúdo e os efeitos de um ato jurídico. O ordenamento atribui a cada ato jurídico, em princípio, efeitos correspondentes ao respectivo conteúdo, sem embargo da possibilidade de que, eventualmente, se atribuam efeitos iguais a atos de diferentes conteúdos, ou vice-versa.

Assim, quanto aos seus efeitos, alguns doutrinadores dizem que as sentenças podem ser declaratórias, constitutivas e condenatórias (CÂMARA, 2008, p. 419), outros, além destas, acrescentam que elas também podem ser mandamentais e executivas (ARENHART; MARINONI, 2012).

Ainda, elucida-se que o elemento externo (efeito) é dependente do interno (força), uma vez que se a sentença não tiver força, não poderá ter muitos efeitos, e, portanto não será eficaz. A eficácia é, assim, o resultado da soma entre a força (elemento interno) e o efeito (elemento externo), sendo estas, portanto, caracterizadas como duas “classes” (ou faces) da eficácia (MITIDIERO, 2003). Há doutrinadores, ainda que conceituam a eficácia como sendo a “palavra que se costuma usar, na linguagem jurídica, para designar a qualidade do ato enquanto gerador de efeitos” (MOREIRA, 1989, p. 175), ou ainda, identificando-a “[...] como a simples aptidão para produzir efeitos (em potência) ou como conjunto de efeitos verdadeiramente produzidos (em ato)” (MOREIRA, 1989, p. 176). Todos esses conceitos, de qualquer forma, dão conta de conceituar a eficácia de uma maneira semelhante, a fim de demonstrar que esta é o resultado prático da decisão dada no processo, que poderá tanto ter uma força tal, que possibilite efeitos de pouca eficácia; quanto poderá ter uma força tal, que possibilite efeitos de maior eficácia.

Partindo para a análise do conceito de coisa julgada, de uma forma mais simplista, pode-se dizer que esta é decorrente de uma “[...] decisão judicial da qual não caiba recurso” (ARENHART; MARINONI, 2012, p. 634), ou ainda, em outras palavras, que esta é “[...] a imutabilidade como ato processual, provindo da preclusão das impugnações e dos recursos” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2006, p. 326). Este conceito simples é aplicável em qualquer circunstância, e sobre ele não há divergências. Por outro lado, há um ponto sobre o

qual a doutrina tem divergência sobre o tema “coisa julgada”. Esta discorda sobre qual dos elementos da sentença (acima abordados), que recebe a autoridade da imutabilidade da coisa julgada. Há doutrinadores que asseveram que a imutabilidade descrita acima, seria uma *qualidade* da força; outros já a definem como sendo uma *qualidade* dos seus efeitos; alguns acreditam que a coisa julgada seria, na verdade, uma imutabilidade que recaria sobre a *eficácia* da sentença; e há, por fim, entendimentos mais antigos, que, por outro lado, identificam a imutabilidade da coisa julgada como *um dos efeitos* da sentença.

No conceito trazido por Carnelluti, a coisa julgada é identificada com a eficácia da sentença. Nesse mesmo sentido entendem Pontes de Miranda e Celso Neves, concordando com a definição dada por Carnelluti. Liebman (1981), refutando o que disse Carnelluti, por outro lado, entende que a coisa julgada não se trata nem de eficácia, e nem de efeito da sentença, mas sim, de uma **qualidade** (característica) dos efeitos desta. Assim, explica-se:

Na opinião e linguagem comuns, a coisa julgada é considerada, mais ou menos clara e explicitamente, como um dos efeitos da sentença, ou como a sua eficácia específica, entendida ela quer como complexo das consequências que a lei faz derivar da sentença, quer como conjunto dos requisitos exigidos, para que possa valer plenamente e considerar-se perfeita. (LIEBMAN, 1981, p. 2)

Entretanto, é exatamente com essa ideia que Liebman (1981) discorda. Este explica que a coisa julgada “assaz abstrata, não pode e não é de referir-se a um efeito autônomo que possa estar de qualquer modo sozinho; indica, pelo contrário, a força, a maneira com que certos efeitos se produzem, isto é, uma qualidade ou modo de ser deles” (LIEBMAN, 1981, p. 05). Dessa forma, o autor explica que “[...] a autoridade da coisa julgada não é o efeito da sentença, mas uma qualidade, um modo de ser e de manifestar-ser dos seus efeitos” (LIEBMAN, 1981, p. 06). E, mais adiante, reforça:

Nisso consiste, pois, a autoridade da coisa julgada, que se pode definir, com precisão, como a imutabilidade do comando emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a *definitividade* e intangibilidade do ato que pronuncia o comando; é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos quaisquer que sejam, do próprio ato. (LIEBMAN, 1981, p. 54)

Desta forma, Liebman (1981), com seu entendimento, identifica a coisa julgada como uma qualidade dos efeitos (elemento externo) da sentença, essa ideia, certamente foi a que mais se disseminou entre os juristas.

E, ainda, por último, há o entendimento de Barbosa Moreira, que parece ser o mais recente, e que diverge dos conceitos dos outros dois juristas acima mencionados. Este acredita que a coisa julgada seja, na verdade, uma **qualidade da força** da sentença (e não dos efeitos, como diz Liebman (1981)), assim, explica-se que, para ele, “[...] o que justamente

deve receber a dádiva da imutabilidade é a força, porque contra a força não podem rebelar-se as partes, uma vez que ato impositivo de alguém que se encontra acima das mesmas” (MITIDIERO, 2003, p. 457). Portanto, “[...] a coisa julgada dentro destes moldes, poderia ser conceituada como uma qualidade da força declaratória, incrustada na sentença de mérito, destinada a produzir a indiscutibilidade desta certificação judicial” (MITIDIERO, 2003, p. 457), ou seja, como “qualidade da declaração ínsita à decisão judicial e não a efeito ou efeitos externos à mesma.”

Entretanto, esse conceito ainda não está disseminado entre os estudiosos do direito, e o entendimento de Liebman (1981) ainda é o dominante, e foi o que ganhou força em no ordenamento brasileiro, tendo como seus seguidores autores como Humberto Theodoro Júnior, José Frederico Marques, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, além de ter sua consolidação entre os tribunais brasileiros (BRANDÃO, 2005).

Nota-se ainda, que o conceito de coisa julgada material adotado pelo Código de Processo Civil brasileiro, em seu artigo 467, não se filia à “[...] orientação liebmaniana acerca da coisa julgada, porquanto registra explicitamente que a coisa julgada é uma eficácia referente à sentença, donde ressaí indiscutibilidade e imutabilidade.” Por oportuno, transcreve-se o artigo 467, do CPC: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.”

Lembra-se, entretanto, que este entendimento de coisa julgada é pouco usado pelos doutrinadores, sendo este conceito, uma extensão das definições dadas pela doutrina alemã. Resumidamente, então, pode-se dizer que a doutrina majoritária, seguindo o entendimento do Liebman, entende que a imutabilidade da coisa julgada é uma **qualidade dos efeitos (que é o elemento externo)** da sentença, sendo este um conceito mais completo de coisa julgada, do que aquele inicialmente apresentado. Nesse sentido, resumidamente Cintra; Dinamarco e Grinover (2006, p. 327) trazem como conceito: “Conforme lição de mais viva atualidade na doutrina, nem a coisa julgada formal, nem a material, são efeitos da sentença, mas qualidades da sentença e de seus efeitos, uma e outros tornados imutáveis.”

Superados esses conceitos iniciais, parte-se para a análise da classificação das sentenças quanto ao tipo de coisa julgada que podem produzir. Assim, quanto a esse critério, elas podem ser: terminativas ou definitivas. As sentenças terminativas são aquelas, também chamadas de sentenças sem julgamento de mérito, que produzem *coisa julgada formal*, ou seja, “[...] são aquelas que põem fim ao processo, porém, sem decidir a lide” (ARAÚJO, 2004, p. 195). Estas estão previstas em no Código de Processo Civil pelo artigo 267. Já as sentenças definitivas, são aquelas também chamadas de sentenças com julgamento de mérito,

que produzem *coisa julgada material*, ou seja, “[...] são aquelas que põem fim à lide, apreciando e julgando o seu mérito” (ARAÚJO, 2004, p. 195). As possibilidades de se haver coisa julgada material estão dispostas no artigo 269, do CPC.

Assim, é possível notar que “[...] a coisa julgada está intimamente ligada à sentença, ou melhor, ao fim do processo” (BRANDÃO, 2005, p. 24), e, deste modo, é fácil identificar - conforme a classificação disposta -, também dois tipos de coisa julgada: a formal e a material. Sendo, portanto a imutabilidade da sentença “[...] uma figura de duas faces, sendo a primeira a coisa julgada formal e a segunda, coisa julgada material” (ARAÚJO, 2004, p. 196)

A coisa julgada formal, vinculada à sentença terminativa, pode ser conceituada mais precisamente, como sendo a “[...] imutabilidade da decisão judicial dentro do processo em que foi proferida, porquanto não possa mais ser impugnada por recurso” (BRAGA, DIDIER JUNIOR; OLIVEIRA, 2012, p. 418). Assim, ainda explica Brandão (2005, p. 27), que “[...] a coisa julgada formal, a seu turno, é um instituto endoprocessual, ou seja, em um processo, ocorrido o momento em que não é cabível nenhum recurso, opera-se a eficácia deste instituto, colocando um fim na relação processual.” Tem, portanto, a coisa julgada formal “[...] uma feição e uma missão puramente técnico-processuais” (DINAMARCO, 2009c, p. 303).

Assim, “[...] quando a parte obtém no processo o pronunciamento jurisdicional, pode impugná-lo através de recurso. Esgotados aqueles possíveis ou deixando de recorrer, transitando em julgado a decisão ocorrerá a coisa julgada formal” (BAZILONI, 2004, p. 11).

Por fim, Dinamarco (2009c, p. 301), condensando todos os conceitos acima abordados, afirma:

Quando a sentença se limita a decidir sobre o processo, extinguindo-o sem julgamento do mérito, sua imutabilidade é fenômeno puramente processual, inerente e interno ao processo que se extingue, sem repercussões na vida das pessoas em suas relações exteriores a eles: simplesmente, aquele processo deixa de existir e provavelmente as partes ainda poderão voltar a juízo, com o mesmo conflito a ser apreciado pelo juiz [...].

Desta forma, a coisa julgada formal se dá, por exemplo, quando o juiz indeferir a petição inicial, ou quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, e ainda, por exemplo, quando o autor desistir da ação.

Também é característica da coisa julgada formal a preclusão máxima. Entretanto, esta jamais deve ser confundida como sinônimo daquela. Por preclusão, “entende-se a perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual, com dimensão essencialmente pública,

constituindo verdadeiro “limite per il potere dispositivo delle parti” (MITIDIERO, 2003, p. 458). Nesse sentido, explica Grinover (apud LIEBMAN, 1981, p. 68):

Alguns autores têm até propugnado a supressão do termo “coisa julgada formal”, substituída que ficaria pela preclusão. Na verdade, porém, coisa julgada formal e preclusão são dois fenômenos diversos, na perspectiva da decisão irrecorrível. A preclusão é, subjetivamente, a perda de uma faculdade processual e, objetivamente, um fato impeditivo; a coisa julgada formal é a qualidade da decisão, ou seja, sua imutabilidade, dentro do processo. Trata-se, assim, de institutos diversos, embora ligados entre si por uma relação lógica de antecedente-consequente.

Assim, explica Dinamarco (2009c, p. 303) que “[...] toda e qualquer sentença é apta a receber a coisa julgada formal, porque todas elas tem o efeito programado de *definir a causa*, julgando-lhe o mérito ou estabelecendo que o mérito não será julgado.” Logo, “[...] a coisa julgada formal [...] se vincula à impossibilidade de rediscutir o tema decidido dentro da relação jurídica processual em que a sentença foi prolatada” (ARENHART; MARINONI, 2012, p. 630).

Por fim, esclarece-se que, por ter a coisa julgada formal efeitos meramente internos ao processo no qual foi prolatada, esta “perderá toda a importância com o término do mesmo processo” (LIEBMAN, 1981, p. 61), seria, portanto, “[...] a *preclusão máxima* dentro de um processo jurisdicional. Também chamada de ‘trânsito em julgado’” (BRAGA, DIDIER JUNIOR; OLIVEIRA, 2012, p. 419). Assim, explica-se;

O fenômeno processual da irrecorribilidade, ou seja, da exclusão de todo e qualquer poder de provocar ou emitir nova decisão no processo, é a *preclusão* [...]. E como essa preclusão projeta sobre o processo o efeito mortal de impedir que nele ainda se tome qualquer outra decisão sobre a causa, tradicionalmente a doutrina diz *preclusio máxima* para designar a coisa julgada formal (DINAMARCO, 2009c, p. 304).

Assim, a preclusão pode ocorrer em vários momentos do processo e abrange todas “[...] as decisões do Poder Judiciário, sentenças e decisões interlocutórias, aquelas acobertadas pela coisa julgada e estas, pela preclusão” (BAZILONI, 2004, p.12). Logo, a coisa julgada formal é chamada de preclusão máxima, pelo fato de que, após ela, nenhuma outra preclusão poderá ocorrer, afinal, com ela, finaliza-se o processo. Desta forma, pela coisa julgada formal, se dará, portanto, a última preclusão, ou seja, a preclusão máxima.

Já a coisa julgada material, vinculada à sentença definitiva, pode ser conceituada como sendo: “[...] a imutabilidade que se opera dentro e fora do processo. A decisão judicial (em seu dispositivo) cristaliza-se, tornando-se inalterável.” Nesse sentido, ainda reforçam Cintra, Dinamarco; Grinover (2006, p. 327) que “[...] só as sentenças de mérito, que decidem a causa acolhendo ou rejeitando a pretensão do autor, produzem a coisa julgada material”. Assim, importante esclarecer que a “[...] a coisa julgada formal é pressuposto da *coisa julgada material*” sendo esta, na realidade, um “fenômeno com eficácia endo/extraprocessual”

(BRAGA; DIDIER JUNIOR; OLIVEIRA, 2012, p. 418). Desta forma, “[...] percebe-se, contudo, que a coisa julgada formal é um degrau necessário, para que se forme a coisa julgada material. Em outros termos, a coisa julgada material tem como pressuposto a coisa julgada formal” (BRAGA; DIDIER JUNIOR; OLIVEIRA, 2012, p. 419), ou seja, a coisa julgada material “contém” a formal.

Nesse sentido, também explica Grinover (apud LIEBMAN, 1981, p. 69):

Afirma-se, ainda, que só a sentença de mérito é apta a revestir-se de imutabilidade dentro e fora do processo (coisa julgada formal e coisa julgada material); as demais decisões exaurem sua imutabilidade no âmbito interno do processo revestindo-se apenas, pela preclusão, da coisa julgada formal.

Assim, “reputam-se decisões de mérito aquelas em que o magistrado resolve o objeto litigioso (lide, mérito, pedido/causa de pedir), proferidas com base em um dos incisos do art. 269 do CPC” (BRAGA; DIDIER JUNIOR; OLIVEIRA, 2012, p. 420), ou seja, sentenças que reconhecem a existência ou não de um direito (op. cit.). Portanto, “[...] em virtude dela, nem o juiz pode voltar a julgar, nem as partes a litigar, nem o legislador a regular diferentemente a relação jurídica” (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2006, p. 327).

Finalizando, assim, o conceito de coisa julgada material, parte-se para análise dos limites que esta possui, os quais se dividem em: limites objetivos e limites subjetivos.

Ensinam Cintra, Dinamarco e Grinover (2006, p. 329), que “[...] estabelecer os limites objetivos da coisa julgada significa responder à pergunta: *quais partes da sentença ficam cobertas pela autoridade da coisa julgada?*”, ou seja, qual das partes: o relatório, a fundamentação ou o dispositivo, fazem coisa julgada. Para essa pergunta, respondem Braga, Didier Junior e Oliveira (2012, p. 427), que “[...] somente se submete à coisa julgada material a norma jurídica concreta, contida no dispositivo da decisão, que julga o pedido (a questão principal, conforme art. 468, CPC).” Assim, o limite objetivo da coisa julgada pode ser visto como “[...] o *comando* pronunciado pelo juiz que se torna imutável” (LIEBMAN, 1981, p. 55). E ainda, nesse mesmo sentido, explicam Cintra, Dinamarco e Grinover (2006, p. 329), que, portanto, “[...] *apenas o dispositivo da sentença*, entendido como a parte que contém a norma concreta, ou preceito enunciado pelo juiz, é apto a revestir-se da autoridade da coisa julgada material.”

Esclarece-se ainda, que “é a partir do *objeto do processo* – ou, melhor ainda, do *pronunciamento judicial acerca desse objeto* – que se determinam os limites objetivos da coisa julgada” (MARQUES apud GRINOVER, 2002, p. 22). Convém, ainda, “[...] frisar que, quando se fala do *objeto do processo* [...] pensa-se na *pretensão* contida na demanda apresentada ao juiz, isto é, no mérito” (MARQUES apud GRINOVER, 2002, p. 24). Logo,

conclui-se que “[...] a coisa julgada tem como limites objetivos a lide e as questões pertinentes a esta, que foram decididas no processo” (MARQUES apud GRINOVER, 2002, p. 23).

Liebman (1981, p. 57), sobre o assunto esclarece:

E para identificar o *objeto* do processo e, em consequência, da coisa julgada, é necessário considerar que a sentença representa a resposta do juiz aos pedidos das partes e que por isso tem ela os mesmos limites desses pedidos, que ministram, assim, o mais seguro critério para estabelecer os limites da coisa julgada.

Assim, conclui-se que “[...] de tudo se deduz que a coisa julgada alcança a parte dispositiva da sentença ou acórdão, e ainda o fato constitutivo do pedido (*a causa petendi*)” (MARQUES apud GRINOVER, 2002, p. 24).

Importante esclarecer, ainda, que ficam fora dos limites objetivos da coisa julgada material, os motivos, os quais, por não fazer parte do dispositivo, não integram a imutabilidade da coisa julgada. Nesse sentido, é claro o artigo 469, em definir o que não faz coisa julgada:

Art. 469. Não fazem coisa julgada:

- I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;
- II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;
- III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo.

Fica evidente, assim, depois da leitura do artigo, que, por exclusão, são definidos os limites objetivos da coisa julgada, que tem seu alcance somente o dispositivo da sentença, que dispõe sobre o pedido e a causa de pedir da ação. Por fim, resume, Liebman (1981, p. 55-56) citando Cernelutti:

Em conclusão, é exato dizer que a coisa julgada se restringe à parte dispositiva da sentença; a essa expressão, todavia, deve dar-se um sentido *substancial* e não *formalistico*, de modo que abranja não só a fase final da sentença, mas também qualquer outro ponto em que tenha o juiz eventualmente provido sobre os pedidos das partes. Excluem-se, por isso, da coisa julgada os motivos, mas são eles mesmos um elemento indispensável para determinar com exatidão a significação e o alcance do dispositivo.

Desta forma, frisando-se o que foi dito acima por Liebman (1981), faz-se um adendo para importância dos fundamentos que, apesar de não fazerem coisa julgada, tem papel essencial para “[...] se determinar a real extensão dos efeitos da sentença e respectiva imutabilidade” (GRINOVER, 2002, p. 24). Portanto, “[...] embora a autoridade da coisa julgada se limite ao dispositivo da sentença, esse comando pode e deve ser entendido - tanto mais quando exista alguma margem para dúvida - à luz das considerações feitas na motivação” (GRINOVER, 2002, p. 27).

Partindo-se para análise dos limites subjetivos da coisa julgada, outra pergunta deve ser feita: “*quem* é atingido pela autoridade da coisa julgada material?” (CINTRA;

DINAMARCO; GRINOVER, 2006, p. 331). Para responder a essa pergunta, utiliza-se da definição dada por Dinamarco (2009c, p. 322) de que “[...] a imutabilidade dos efeitos da sentença vincula somente os sujeitos que figuraram no processo e aos quais se dirigiu aquela [...]”, ou seja, o limite subjetivo é aquele que impõe que a coisa julgada fique “restrita às partes, não beneficiando nem prejudicando terceiros” (GRINOVER, 2006, p. 06). “*Em princípio, portanto, tomando-se a regra geral, tem-se que somente as partes (e seus sucessores, por inferência lógica) ficam acobertados pela coisa julgada.* [...] Para as partes, assim, a decisão judicial [...] torna-se imutável” (ARENHART; MARINONI, 2012, p. 640, grifo do autor).

Se justifica, ainda, a limitação subjetiva da coisa julgada às partes principalmente por uma razão política: “[...] quem não foi sujeito do *contraditório*, não tendo a possibilidade de produzir suas provas e suas razões e assim influir sobre a formação do convencimento do juiz, não pode ser prejudicado pela coisa julgada *conseguida inter alios*” (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2006, p. 332). Nesse sentido, explica Dinamarco (2008, p. 323):

Há *duas razões básicas* pelas quais a autoridade da coisa julgada não deve ir e não vai além dos sujeitos processuais. A primeira dela é a garantia constitucional do *contraditório*, que ficaria maculado se um sujeito, sem ter gozado das oportunidades processuais inerentes à condição de parte, ficasse depois impedido de repor em discussão o preceito sentencial [...] A segunda, colhida do modo como a coisa julgada incide na vida das pessoas e das regras processuais sobre a legitimidade *ad causam*, consiste no *desinteresse dos terceiros* pelos resultados do processo, que não lhes afetam diretamente a esfera de direitos e obrigações. Como a sentença e seus efeitos tem sempre referência a determinado bem da vida, ordinariamente a decisão só atinge os titulares de direitos, obrigações ou mesmo meras pretensões que incidam sobre esse bem.

Assim, parte-se para a análise do artigo 472 do Código de Processo Civil, que positiva o conceito de limite subjetivo da coisa julgada, conforme segue:

Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

Desta forma, “[...] os vocábulos *parte* e *terceiro*, nesse texto, são empregados em sentido puro, para designar aquele que esteve e aquele não esteve integrado à relação processual em que foi dada a sentença” (DINAMARCO, 2009c, p. 322). Entretanto, percebe-se pela leitura do dispositivo que este traz um novo conceito a ser abordado: o de terceiros interessados e o de terceiros não-interessados.

É necessário, portanto, formular a distinção entre os terceiros interessados e os terceiros que não devem ser atingidos pela imutabilidade da coisa julgada. É relevante esta

diferenciação, principalmente, porque “[...] firmou-se o entendimento que levou a estender a coisa julgada a alguma categoria de terceiros, admitindo-se que a sentença pronunciada entre os interessados principais também obrigasse os que tinham interesse secundário” (GRINOVER, 2006, p. 05). Desta forma, em que pese o limite subjetivo estar, em regra, intimamente atrelado às partes da relação processual, excepcionalmente terceiros serão atingidos pela coisa julgada. Contudo, esse terceiros, necessariamente, terão algum vínculo com a causa.

Assim, explicam Arenhart e Marinoni (2012, p. 641), que “[...] *terceiro interessado é aquele que tem interesse jurídico na causa*, decorrenteda existência de alguma relação jurídica que mantem, conexa ou dependente, em face da relação jurídica deduzida em juízo.” E ainda, nessa senda, explica-se: “Consideram-se, portanto, vinculados o autor, o réu, litisconsortes ativos ou passivos se houver, o sujeito que haja feito intervenção litisconsorcial voluntária, o oponente, o litisdenunciado, o chamado, o nomeado e o substituído” (DINAMARCO, 2009c, p. 323).

Os terceiros interessados, portanto, são aqueles que tem alguma ligação com a causa. Diferentemente dos terceiros indiferentes que “[...] *são aqueles que não mantêm nenhuma relação jurídica interdependente com aquela submetida à apreciação judicial*” (ARENHART; MARINONI 2012, p. 641-642, grifo do autor). Nesse sentido, os mesmos autores trazem um exemplo:

A sentença que decreta o despejo de alguém opera efeitos, indubitavelmente, perante o inquilino (que deverá deixar o imóvel), mas também em relação à sua família (que o acompanhará), a seus amigos (que haverão de reconhecer que aquela pessoa não reside mais naquele determinado local), a seus credores (que, para cobrar dívidas quesíveis, deverão procurá-lo em seu novo endereço) etc. Da mesma forma, tal sentença atuará perante o sublocatário, que tenha, por hipótese, alugado um quarto no imóvel alugado. Todas essas pessoas, participantes ou não do processo que resultou do despejo, sofrem efeitos da decisão judicial, em maior ou menor intensidade. Haverá, porém, alguma diferença entre a qualidade dos efeitos que sofrem? Sem dúvida, sim. Aqueles sujeitos que tem algum interesse, qualificado como *jurídico*, em relação ao litígio e à solução que recebeu, podem – *porque têm legitimidade para tanto* – opor-se, de algum modo, à afetação de sua esfera jurídica por tais efeitos. A parte (inquilino), pode opor-se à submissão aos efeitos da decisão por meio dos recursos cabíveis, rediscutindo a sentença e, consequentemente, impedindo que os efeitos desta o atinjam. [...] O sublocatário, mantendo relação com o locatário (legítima, pois autorizada pelo locador) dependente da relação de locação, é admitido como assistente simples no processo, no intuito de evitar a incidência dos efeitos de eventual despejo sobre seus interesses. Poderia, ainda, recorrer da sentença, como terceiro prejudicado, visando sua reformulação e a consequente cassação dos efeitos que lhe são prejudiciais [...] Estes “terceiros”, portanto, somente se submetem aos efeitos da sentença se não quiserem, ou não puderem, valer-se dos meios idôneos para afastá-los. Resumindo: *aqueles que não são partes do litígio, e assim, não podem ser atingidos pela coisa julgada, mas nele têm interesse jurídico, apenas podem ser alcançados pelos efeitos reflexos da sentença, e por essa razão são considerados terceiros interessados (ou terceiros juridicamente interessados), os quais têm legitimidade para ingressar no processo*

na qualidade de assistente simples da parte (por exemplo: o sublocatário na condição de assistente simples do locatário) ou manifestar oposição aos efeitos da sentença. Se o terceiro não é juridicamente interessado, como o amigo ou o credor do locatário, e justamente por essa razão não tem legitimidade para ingressar no processo em que se discute o despejo, ele sofre “naturalmente” os efeitos da sentença, os quais são imutáveis, e chamados em razão de sua natureza de “efeitos naturais da sentença”. Em outros termos: a sentença produz, em relação aos terceiros que não têm interesse jurídico, efeitos denominados de “naturais”, os quais são inafastáveis e imutáveis (ARENHART; MARINONI 2012, p. 641-642, grifo do autor).

Assim, fica evidente a distinção entre essas duas categorias de terceiros: os interessados e os indiferentes. Enquanto aqueles são atingidos pelos efeitos da imutabilidade da coisa julgada, estes, são atingidos somente pelos efeitos “naturais” que a sentença produz. Portanto, “[...] embora terceiros possam, sofrer *efeitos da sentença* de procedência, é certo que a autoridade da coisa julgada não os atinge” (ARENHART; MARINONI, 2012, p. 641).

Importante, então, aqui estabelecer uma diferença entre os *efeitos da sentença* e os *efeitos da coisa julgada*. Nesse sentido, explica Lenza (2008, p. 217, grifo do autor):

Convém lembrar que os limites subjetivos da coisa julgada não se confundem com a eficácia natural da sentença enquanto ato do estado, ou seja, a autoridade da coisa julgada distingue-se da extensão subjetiva da eficácia da sentença. Enquanto aquela vale somente perante as partes que participaram do processo (visão clássica), a eficácia natural do ato estatal vale para todos.

O efeito da sentença, então, significa que “[...] aquilo que foi decidido [...] deve ser respeitado por todos” (BAZILONI, 2004, p. 41), seja por terceiros interessados ou não. Já os efeitos da coisa julgada, atingirão apenas aos interessados, uma vez que participaram do processo, e a eles a causa diretamente lhes interessava. Desta forma, os terceiros não-interessados “[...] não estarão sujeitos á coisa julgada que se formar em relação às partes, mas os *efeitos* da sentença os atingirão. Os efeitos serão *erga omnes*, mas a coisa julgada somente irá *intra partes*.” (BAZILONI, 2004, p. 41).

Outro aspecto importante a ser analisado também, neste momento, é a eficácia preclusiva da coisa julgada material, também chamada por alguns de “julgamento implícito”, que não se confunde com a preclusão máxima tratada na coisa julgada formal. A eficácia preclusiva da coisa julgada material, segundo o art. 474 do CPC, é o efeito da sentença, o qual, após “[...] transitada em julgado a decisão definitiva da causa, todas as alegações e defesas que poderiam ter sido formuladas para o acolhimento ou rejeição do pedido reputam-se arguidas e repelidas” (BRAGA; DIDIER JUNIOR; OLIVEIRA, 2012, p. 436). Assim, “[...] a lide, uma vez julgada, não comporta novas alegações. As alegações do autor e do réu deverão ser apresentadas na petição inicial ou na contestação, respectivamente” (ARAÚJO, 2004, p. 201). “Em suma, a coisa julgada traz consigo, inclusive como forma de se assegurar

o resultado prático e concreto do processo, o impedimento à rediscussão do que foi (ou do que poderia ter sido) discutido na fase cognitiva” (GRINOVER, 2002, p. 29).

Assim, reforça Mitidiero (2003, p. 463):

Destarte, diante da coisa julgada ou, mais especificamente, ante seu efeito preclusivo, não se deve admitir alegações e defesas, referentes ao mesmo objeto litigioso, que a parte poderia opor, mas não o fez, eclodindo fechada a oportunidade de trazê-las à baila e quiçá, alterar-se a res iudicata.

Entretanto, sobre o efeito preclusivo da coisa julgada, esclarece Liebman (1981, p. 56), que, há uma inexatidão na afirmação “[...] segundo a qual se estenderia a coisa julgada a todas as questões debatidas e decididas”. Assim, o autor explica, que essa afirmação está duplamente incorreta, “[...] em primeiro lugar, porque se estende também a questões **não** debatidas **nem** decididas: se uma questão pudesse ser discutida no processo, mas de fato não o foi, também a ela se estende” (LIEBMAN, 1981, p. 56, grifo nosso). E, em segundo lugar, porque “não se abrangem na coisa julgada, ainda que discutidas e decididas, as questões que, sem constituir objeto do processo em sentido estrito, o juiz deverá examinar, como premissa da questão principal (questões prejudiciais em sentido estrito)” (LIEBMAN, 1981, p. 56). Portanto, “a eficácia preclusiva da coisa julgada obra nos exatos lindes do objeto litigioso, não podendo consumir ações materiais autônomas (prática que importaria em afronta aos arts. 5º, XXXV, CRFB e 128, CPC)” (MITIDIERO, 2003, p. 464).

É possível, ainda, identificar mais dois efeitos que a coisa julgada é capaz de produzir, além do efeito preclusivo acima abordado, quais sejam: um negativo e um positivo. “O *efeito negativo* da coisa julgada impede que a questão principal já definitivamente decidida seja novamente julgada como questão principal em outro processo”. Já, “[...] o *efeito positivo* da coisa julgada determina que a questão principal já definitivamente decidida e transitada em julgado, uma vez retornando ao Judiciário como questão incidental [...] não possa ser decidida de modo distinto daquele como o foi no processo anterior” (BRAGA; DIDIER JUNIOR; OLIVEIRA, 2012, p. 435).

A coisa julgada é um instituto muito importante para o direito processual civil, e tem muitas características a serem aprofundadas. Entretanto, o que foi aqui analisado é o suficiente para dar andamento na análise do próximo tópico, qual seja, a coisa julgada coletiva, que envolve outras questões e definições a serem discutidas.

3.3 COISA JULGADA COLETIVA

Inicialmente, é importante frisar que “o regime jurídico da coisa julgada coletiva é bastante diferenciado em relação ao processo individual. É um dos aspectos mais peculiares da tutela jurisdicional coletiva” (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, 2011, p. 365). A coisa julgada coletiva, para os três tipos de direito coletivos analisados no primeiro tópico desse capítulo, é definida no Código de Defesa do Consumidor, pelo artigo 103. Nesse sentido, Grinover, Nery Junior e Watanabe (2011, p. 185):

O art. 103 contém toda a disciplina da coisa julgada nas ações coletivas, seja definindo seus limites subjetivos (o que equivale a estabelecer quais as entidades e pessoas que serão alcançadas pela autoridade da sentença passada em julgado), seja determinando a ampliação do objeto do processo da ação coletiva, mediante o transporte, *in utilibus*, do julgado coletivo às ações individuais.

Assim, importante esclarecer que “[...] muito embora o dispositivo se refira às ‘ações coletivas de que trata este Código’, na realidade sua abrangência é maior” (GRINOVER; NERY JUNIOR; WATANABE, 2011, p. 185), e “[...] tem aplicação subsidiária para qualquer ação civil pública ou coletiva, e, portanto, se aplica à defesa de qualquer interesse transindividual mesmo que não se refira exclusivamente à defesa dos consumidores” (MAZZILLI, 2012, p. 605). Ainda, Grinover, Nery Junior e Watanabe (2011, p.185 e 186), reforçam:

Ademais, é oportuno lembrar que o art. 110 do Código acrescentou o inc. IV ao art. 1º da Lei nº 7.347/85, estendendo a abrangência desta a *qualquer outro interesse difuso ou coletivo* [...]. Daí por que os dispositivos processuais do Código se aplicam no que couber, a todas as ações em defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, coletivamente tratados. Isso significa que a disciplina da coisa julgada contida no art. 103, rege as sentenças proferidas em qualquer ação coletiva, pelo menos até a edição de disposições específicas que venham disciplinar diversamente a matéria.

Dessa forma, antes mesmo de se analisar os três incisos do artigo em questão, é necessário trazer alguns conceitos até então não abordados, mas fundamentais para entender as condições em que a coisa julgada se dá no processo coletivo.

A primeira definição a ser tratada é sobre coisa julgada *secundum eventum litis*. Esta acontece em determinados tipos de demanda, quando a legislação autoriza que, dependendo do que foi decidido, mesmo que haja uma sentença, não haja coisa julgada, ou seja, poderá “[...] a coisa julgada formar-se, ou não, de acordo com o resultado do processo” (GRINOVER, 2005, p. 14). Assim, determinada lide poderá formar ou não coisa julgada material, dependendo de como a demanda for decidida, e, normalmente, ela é usada na

seguinte situação: caso a demanda seja julgada procedente a sentença fará coisa julgada, e, caso ela seja julgada improcedente, a coisa julgada não se formará.

Em seu artigo, Ada Pellegrini Grinover (2005, p. 14), traz um exemplo claro, em que pode haver coisa julgada *secundum eventum litis*:

Exemplo clássico da coisa julgada *secundum eventum litis* é a que se forma ou não na ação monitória, dependendo de seu resultado. Acolhida a demanda monitória, a sentença (condenatória) é coberta pela coisa julgada. Mas se, ao contrário, a demanda monitória é rejeitada, a coisa julgada não se forma e a ação pode ser repetida pelo mesmo autor.

Assim, quando se estiver diante de uma coisa julgada *secundum eventum litis*, “[...] quer se dizer que, ocorrendo tal hipótese, dar-se-á apenas coisa julgada formal, não impedindo, pois, a repropositura da ação por qualquer legitimado, inclusive pelo próprio que propusera a ação julgada” (TALAVERA, 2004, p. 158).

Outro conceito também relevante é o de coisa julgada *secundum eventum probationis*. Esta, “[...] se cinge à prova produzida no processo, de modo que a coisa julgada se dá de acordo com o resultado da prova produzida até aquele momento” (MANCUSO, 2012, p. 328), ou, em outras palavras, é quando “[...] uma decisão somente faz coisa julgada material se no processo em que ela foi proferida houve esgotamento dos meios de prova” (BRAGA; DIDIER JUNIOR; OLIVEIRA, 2012, p. 299). Nesse sentido, explica Cambi (2003, p. 77):

A técnica da cognição *secundum eventum probationis* foi utilizada pelo legislador brasileiro em diversos procedimentos, para em razão da falta ou da insuficiência das provas, impedir que a questão seja decidida - remetendo-se as partes para as "vias ordinárias" ou para discussão a ser travada em "ação própria"- ou para permitir que a causa seja decidida sem caráter de definitividade, a fim de que não seja alcançada com a autoridade da coisa julgada material.

Nesses casos, portanto, não haverá coisa julgada material, se a sentença de improcedência for por insuficiência de provas. Entretanto, note-se que, nesse caso, haverá sim coisa julgada material se a sentença for de improcedência, mas somente “[...] quando o juiz ou tribunal decide que não há o direito, ou a pretensão, a ação ou a exceção de direito material” (PONTES DE MIRANDA apud CAMBI, 2003, p. 82), ou seja, quando as provas demonstrarem que, no caso, o autor não tem direito ao que foi pleiteado. Resumindo: quando a sentença for de improcedência, terá que ser analisado se foi por insuficiência de provas, ou não; uma vez que, se for por insuficiência de provas, não se formará a coisa julgada material, caso contrário, a autoridade da coisa julgada recairá sobre a sentença. Mais detalhadamente, explica Cambi (2003, p. 84):

Assim, pelo menos dois caminhos se abrem: i) sendo as provas suficientes e adequadas à elucidação das questões de mérito, a decisão, mesmo a que rejeita a

pretensão, produz a coisa julgada material, não se admitindo a propositura de ação posterior, para rediscutir a matéria; ii) não havendo provas suficientes e adequadas para a compreensão da *res in iudicium deducta*, a decisão malgrado possa ser considerada de mérito (já que apta, pelo menos sob os aspectos formais, ao julgamento da pretensão), não se reveste da autoridade da coisa julgada material, porque não convém politicamente emitir um juízo fictício de certeza, fundado no rigoroso mecanismo do ônus da prova (objetivo) como regra de julgamento, o que teria como resultado a produção de coisa julgada material, inviabilizadora do ajuizamento de nova ação, com idêntico fundamento, mas com novas e melhores provas.

Importante frisar que são excepcionais os casos em que se opera o sistema da coisa julgada *secundum eventum litis* e *secundum eventum probationis*, uma vez que “[...] na sistemática do processo civil comum, a coisa julgada opera efeitos *pro et contra*, qualquer que seja o resultado da demanda” (TALAVERA, 2004, p. 156), ou seja, “[...] ao acolher ou rejeitar o pedido do autor, estando concorde ou desconforme com o interesse de quaisquer das partes ou de terceiros, a sentença resta indiscutível entre as partes” (TALAVERA, 2004, p. 156). Nesse sentido, sobre o fato alegado e a prova no sistema de tutela individual, explica Cambi (2003, p. 76):

Afinal, *fato alegado, mas não provado, é o mesmo que fato inexistente*. Assume, pois, relevância a problemática introduzida pelo ônus da prova, uma vez que, cabendo ao autor demonstrar os fatos constitutivos de seu direito e sendo vedadas decisões *non liquet*, o magistrado, mesmo estando em dúvida (seja em decorrência da falta ou da insuficiência das provas produzidas pelo autor) será obrigado a decidir, devendo a decisão ser contrária à pretensão do demandante, quando não se desincumbir satisfatoriamente de seu *onus probandi* (art. 333, I, CPC).

Logo, na sistemática do código de processo civil, o autor (excetuando os casos de inversão do ônus da prova) tem o dever de apresentar as provas que assegurem seu direito. Em caso de insuficiência de provas, o juiz, independentemente disso, deverá julgar, e a sua decisão fará coisa julgada material entre as partes, impedindo a rediscussão da demanda. O que demonstra que a utilização dos conceitos de coisa julgada *secundum eventum litis* e *secundum eventum probationes* são verdadeiras exceções em no sistema processual brasileiro.

Por último, então, fica a análise do conceito do transporte *in utilibus* da coisa julgada. O transporte *in utilibus* da coisa julgada se dá quando há o “[...] aproveitamento da eficácia do julgado produzido em um processo para outro” (TALAVERA, 2004, p. 162). Essa regra, conforme observa Talavera (2006) é extraída do direito penal, que, quando necessário é transportada a coisa julgada penal, para esfera cível. Logo, “[...] a técnica adotada teve por inspiração a regra do art. 91, I, do CP, relacionado com os efeitos civis da sentença penal condenatória transitada em julgado” (TALAVERA, 2004, p. 163). Nesse sentido, explica-se seu funcionamento:

O que se percebe, a toda evidência, é que há a extensão para o juízo cível de tudo quanto for útil (*in utilibus*) do julgado penal. Assim, provadas que sejam no juízo criminal a prática do fato delituoso, sua autoria e a correspondente culpabilidade do réu, não haverá necessidade de nova comprovação no juízo cível, sendo todos aqueles elementos aproveitados, por já estarem incontroversos, indiscutíveis e imutáveis (CUNHA, 2001, p. 75)

Logo, em no ordenamento jurídico brasileiro, em casos específicos, e quando a legislação assim autorizar, é possível vislumbrar a possibilidade de transporte *in utilibus* da coisa julgada de um processo para outro.

Finalizando, então, essa análise prévia de alguns conceitos básicos que serão usados para conceituação da coisa julgada coletiva, parte-se, para o estudo do artigo 103, do CDC, que traz em seu primeiro inciso, a definição de como se dará a coisa julgada nas ações que versem sobre direito difuso. Assim, dispõe o inciso I, do artigo 103:

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:
I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81

Assim, ao fazer a leitura do referido artigo, percebe-se que, em decorrência das principais características dos direitos difusos, quais sejam, sua transindividualidade e indivisibilidade, “[...] as decisões proferidas em ações que visem a defesa de direitos difusos repercutem, necessariamente, na esfera dos possíveis titulares” (CUNHA, 2001, p. 77), ou seja, como tratam-se de direitos difusos, se está “[...] diante da hipótese de efeito da coisa julgada extensivo a toda a coletividade” (DIAS, 1995, p. 53). Assim, esta extensão da coisa julgada à toda coletividade é chamada de efeito *erga omnes*, conforme previsto na primeira parte do dispositivo em questão. Portanto, como não há como estabelecer limites subjetivos à imutabilidade da sentença que atinge sujeitos indeterminados, os efeitos da imutabilidade da coisa julgada se operam *erga omnes* (contra todos) (ZAVASCKI, 2011, p. 65). Já que, conforme ensinam Grinover, Mullenix e Watanabe (2011, p. 237), “[...] a satisfação do interesse de um dos membros da coletividade significa inelutavelmente a satisfação dos interesses de todos os outros, assim como a negação do interesse de um indica a mesma negação para todos os outros.”

Destarte, como acima já afirmado, “[...] esse regime é uma consequência da própria natureza desses direitos, que são *indivisíveis*” (GRINOVER; MULLENIX; WATANABE, 2011, p. 303), e, por isso, a coisa julgada não poderia atuar diferente, senão pelo regime *erga omnes* (GRINOVER; MULLENIX; WATANABE, 2011, p. 237).

Já na segunda parte do dispositivo há uma ressalva em relação a sentença de improcedência por insuficiência de provas, trazendo o conceito da coisa julgada *secundum eventum probationis*, já que “[...] sendo rejeitado o pedido, com base em insuficiência de provas, a coisa julgada aí formada não é de natureza material, e qualquer legitimado, inclusive o autor da ação em que foi prolatada, poderá novamente repropor a ação” (TALAVERA, 2004, p. 159). Fica evidente, portanto que, “[...] em relação à coisa julgada, deve prevalecer critério segundo o qual, sobrevindo novas provas, é sempre possível a renovação da ação civil pública para a defesa dos interesses transindividuais” (MANCUSO, 2012, p. 328).

Importante, ainda, frisar, que a preocupação do legislador, nesse caso, ao prever a possibilidade da coisa julgada *secundum eventum probationis* nas ações que versem sobre direitos difusos, é, pois “[...] com as consequências decorrentes de uma ação coletiva mal proposta, já que, neste caso, por negligência ou falta de capacidade do legitimado ativo, uma questão relevante de direito transindividual se tornaria irretratável” (CAMBI, 2003, p. 83-84).

Desta forma, em razão das características desse inciso, pode-se deduzir que a coisa julgada, nas ações que versem sobre direitos difusos, podem ter três possíveis resultados, quais sejam:

- a) O pedido da ação coletiva é atendido. Faz coisa julgada em favor de toda a coletividade [...]
- b) É rejeitado o pedido por insuficiência de prova. Não há coisa julgada para nenhum legitimado, nem extraordinário nem ordinário, podendo ingressar o mesmo legitimado que anteriormente ajuizou a ação, outro legitimado extraordinário ou o individual, obviamente, produzindo prova nova;
- c) O pedido é rejeitado pelo mérito. Os efeitos da coisa julgada são extensíveis aos legitimados de ação coletiva [...] (DIAS, 1995, p. 53).

Logo, diante do regime da coisa julgada *secundum eventum probationis*, que opera nos direitos difusos, três são as possibilidades de resultado da demanda coletiva, sendo que em duas delas se forma a coisa julgada material: quando for julgado procedente; ou quando as provas demonstrarem que não há o direito pleiteado em questão; e em uma delas a coisa julgada que se forma é meramente formal, que é no caso da sentença de improcedência por insuficiência de provas.

Finalizando a análise dos efeitos da coisa julgada para as ações de direitos difusos, parte-se para a análise do segundo inciso, do artigo 103, que regula as condições da coisa julgada para as ações que versem sobre direitos coletivos *strictu sensu*.

Por oportuno, transcreve-se o inciso II, do artigo 103, do CDC:

- Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:
II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

Extrai-se, então, da primeira parte do dispositivo, que a principal característica dessa categoria é que os efeitos da coisa julgada será *ultra partes*, ou seja, “[...] atingirá a categoria de pessoas cujo bem da vida foi agrupadamente tutelado perante o órgão judiciário” (ARAÚJO, 2004, p. 207). Desta forma, o Código de Defesa do Consumidor, “[...] ao estabelecer o regime de extensão subjetiva do julgamento nas ações coletivas, emprega a expressão *ultra partes* para se referir à repercussão indivisível e abrangente da tutela jurisdicional a todos os titulares da pretensão coletiva” (VENTURI, 2010, p. 187). Assim, é possível perceber que “nesta parte o legislador também tratou da matéria considerando os mesmos pressupostos para os interesses difusos, variando apenas a extensão do julgado” (BAZILONI, 2004, p. 128), lembrando que, aqui, não será toda a coletividade, mas um grupo específico de pessoas que “[...] devem estar ligadas por uma relação jurídica base conforma exige o CDC” (BAZILONI, 2004, p. 128). Assim, “[...] se uma associação obtiver êxito em ação civil pública, a seus associados, todos eles serão beneficiados em caso de procedência” (BAZILONI, 2004, p. 128).

Observa-se também que, no mesmo sentido dos direitos difusos, a coisa julgada nas ações que versem sobre direito coletivo *strictu sensu*, não farão coisa julgada material se a sentença de “improcedência se der por falta de provas, caso em que outra ação poderá ser proposta com base em nova prova” (MAZZILLI, 2012, p. 606). Assim, percebe-se que, aqui, a opção legislativa também foi a de estabelecer o regime da coisa julgada *secundum eventum probationis*, sendo que “[...] em relação aos direitos difusos, optou-se pela coisa julgada *erga omnes*, [e] em relação aos direitos coletivos, *ultra partes*” (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, 2011, p. 368).

Importante, ainda, mencionar que, tanto para os direitos difusos, quanto para os coletivos *strictu sensu*, no caso de improcedência da ação com o esgotamento do meio de provas, ou seja, quando há coisa julgada material por improcedência, já que o juiz reconhece que não há direito coletivo a ser tutelado, versa o parágrafo 3º, do artigo 103, do CDC, que não haverá restrição ao ajuizamento de ações individuais, para aqueles sujeitos individualmente lesados. Assim, por mais que não seja possível ajuizar novamente uma ação coletiva - por ela ter sido julgada improcedente porque as provas demonstravam que não havia o direito pleiteado na demanda-, haverá ainda a possibilidade dos lesados ajuizarem ações individuais, em vista de seu direito *individual* ter sido violado. Explica-se: “Quanto aos lesados individuais, pouco importa o fundamento da improcedência; esta jamais prejudicará aos lesados individuais. [...] não fosse assim, os lesados individuais veriam formar-se contra eles a coisa julgada, sem que tivessem tido acesso à jurisdição” (MAZZILLI, 2012, p. 610).

Para esta regra, entretanto, há uma exceção. A coisa julgada material formada pela improcedência da ação coletiva tanto de direitos difusos, quanto de direitos coletivos *strictu sensu*, atingirá, sim, aos lesados individuais (impedindo-lhes de seguir em suas demandas individuais) que tenham intervindo no processo coletivo, como assistentes litisconsorciais do autor, “[...] caso em que ficariam vinculados ao *decisum*” (MAZZILLI, 2012, p. 610), uma vez que eles, por terem participado do processo, são considerados como parte.

Por fim, analisando os dois incisos do CDC, é possível concluir que a distinção entre a coisa julgada *ultra partes* e *erga omnes*, “[...] no caso, é um tanto cerebrina: a coisa julgada atingirá todo o grupo, e seus membros: se o grupo é composto por pessoas indeterminadas, direito difuso, ou se ele é composto por pessoas determináveis, direitos coletivos” (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, 2011, p. 368). Nesse mesmo sentido, reforçam Grinover, Nery Junior e Watanabe (2011, p. 202), acerca da diferença entre esses dois institutos:

A única diferença reside na diversa extensão dos efeitos da sentença com relação a terceiros, consoante se trate de interesses difusos ou de interesses coletivos. No primeiro caso, é própria da sentença a extensão a coisa julgada a toda a coletividade, sem exceção; no segundo, a natureza mesmo dos interesses coletivos restringe os efeitos da sentença aos membros da categoria ou classe, ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

Desta forma, fica claro o sentido que o legislador quis dar a ambos os dispositivos, ao utilizar as expressões “*erga omnes*” (contra todos) e “*ultra partes*” (além das partes), estabelecendo um regime diferenciado, a fim de que se pudesse cumprir com a principal função do processo coletivo, que é atingir a todos aqueles que possam ter tido seu direito violado. Sobre as expressões *erga omnes* e *ultra partes*, Mazzili (2012, p. 608), explica:

Literalmente, essa ampliação subjetiva da imutabilidade da sentença acaba igualmente significando que, ao contrário do que ocorre com a coisa julgada no processo civil individual, na tutela coletiva a imutabilidade do *decisum* alcançará pessoas que não participaram da relação processual.

Outrossim, como foi dito inicialmente, é exatamente esse regime diferenciado estabelecido pela coisa julgada coletiva, que justifica, ou seja, que respalda, as ações coletivas. Afinal, é pela coisa julgada atingir um número grande de sujeitos, que se possibilita que o objetivo da tutela coletiva seja atingido, qual seja: a utilização de um instrumento processual coletivo, para resolução das relações massificadas. Ela é, portanto, uma das principais legitimadoras da ação coletiva.

Por fim, parte-se, então, para a análise da coisa julgada no âmbito dos direitos individuais homogêneos. Este está previsto, por último, no inciso III, do art. 103, do CDC,

que, por necessário, transcreve-se: “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: [...] III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.”

Desta forma, observa-se que, assim como nos direitos difusos, para os interesses individuais homogêneos, os limites subjetivos da coisa julgada serão *erga omnes*, e “[...] acolhido o pedido formulado na lide coletiva, os efeitos da sentença estendem-se a todos os interessados, titulares de direitos decorrentes de origem comum” (CUNHA, 2004, p. 79).

Na segunda parte do dispositivo mencionado, é possível observar, ainda, outra peculiaridade para essa classe de coisa julgada. É que, diferentemente do que se vê para os direitos difusos, a coisa julgada nos direitos individuais homogêneos “atua *erga omnes*, com o temperamento de só poder beneficiar todas as vítimas e seus sucessores” (GRINOVER; NERY JUNIOR; WATANABE, 2011, p. 203). Ou seja, “[...] a improcedência, seja ela fundamentada em qualquer motivo” (VIGLIAR, 1998, p. 175) não formará a coisa julgada material, e, portanto, “[...] apenas haverá eficácia *erga omnes* se a demanda for julgada procedente” (VIGLIAR, 1998, p. 175).

Assim, é possível vislumbrar nesse caso a hipótese da coisa julgada *secundum eventum litis*, uma vez que, havendo improcedência, a coisa julgada que se forma é diferente da que se forma nos casos em que há procedência da ação. Note-se, então, que nesse caso, ao contrário da previsão feita nos outros incisos, “[...] o legislador suprimiu a condicionante da inexistência de provas” (TALAVERA, 2004, p. 163), o que fez mudar o modo de ser da coisa julgada, de *secundum eventum probationes* – prevista para os direitos transindividuais-, para *secundum eventum litis* – para os direitos individuais homogêneos -, já que irrelevante a razão da improcedência nesse caso. Na verdade, nesse caso, como se tratarem de direitos individuais, o legislador quis dar uma proteção maior, impedindo que qualquer improcedência atingisse o direito do particular. Por esse motivo, é que se diz que a coisa julgada, nos direitos individuais homogêneos se forma com intuito de somente ajudar, ou seja, se forma *erga omnes* apenas para beneficiar, e jamais para prejudicar as vítimas.

Desta forma, considerando que se está diante de uma coisa julgada *secundum eventum litis*, diferentemente do que ocorre quando se tem uma sentença de procedência (que produz efeitos “*erga omnes*”), nos casos em que a decisão for de improcedência, a coisa julgada que se forma não será *erga omnes*. Nessa senda, Talavera (2004) explica que, para ele, quando houver improcedência dos pedidos, a coisa julgada ficará restrita somente entre as partes, que, exclusivamente, não terão mais o direito de ajuizar novas demandas, não se

estendendo essa restrição aqueles não partícipes da relação processual coletiva. Dessa forma, segundo ele, tanto os legitimados extraordinários, quanto os particulares que não fizeram parte do processo, não serão atingidos pela extensão da coisa julgada coletiva do direito individual homogêneo, sendo a eles permitido o ajuizamento de novas ações, seja coletivamente, seja individualmente.

Nesse sentido, explica Talavera (2004, p. 162):

[...] havendo declaração de improcedência, qualquer que seja seu fundamento, inviabilizada estará nova demanda subsequente pelo mesmo autor, mas as peias desta falta de pressuposto objetivo não alcança quem não figurou no feito, tanto coletiva como individualmente, ou melhor resumindo, com José Ignácio Botelho de Mesquita: "Se improcedente a ação, a sentença será imutável e indiscutível apenas para as partes, como já decorre das disposições do Código de Processo Civil."

Assim, da explicação de Talavera (2004), é possível observar que aqui, a improcedência, atingirá aqueles que foram partes, bem como aqueles que tiverem intervindo no processo como litisconsortes. Logo, esse julgamento de improcedência não irá atingir aos não partícipes, ou seja, ele não operará com efeito *erga omnes* por ser um julgado improcedente, mas este atingirá aqueles que participaram da relação processual (CUNHA, 2001, p. 79). Desta forma, conclui-se que aquele que tenha intervindo no processo coletivo "[...] assumirá a qualidade de parte, enquanto sujeito da relação jurídica processual, sendo atingido pela autoridade da coisa julgada *pro et contra*" (CUNHA, 2001, p. 79).

Dessa premissa, então, pode-se concluir que: em caso de improcedência, esses litisconsortes (e apenas estes que são como partes do processo) não terão outra oportunidade de ajuizar uma ação individual para proteção de seu direito, uma vez que a coisa julgada coletiva de improcedência irá atingi-los. Assim, a possibilidade de propositura da demanda individual restará possível apenas aos lesados individuais, que não intervieram no processo coletivo como assistentes litisconsorciais (MAZZILLI, 2012, p. 607), além de, segundo Talavera (2004), não atingir aos legitimados extraordinários (**autores coletivos**) que também não tenham figurado como parte no processo, podendo inclusive estes repropor ações coletivas.

Neste caso, portanto, para o autor e seus litisconsortes, a autoridade da coisa julgada se imortalizará, e, já para as pessoas lesadas não participantes da relação processual, "[...] a decisão desfavorável proferida na ação coletiva constituirá um simples precedente, mais ou menos robusto conforme o caso, mas não será o fenômeno da coisa julgada que impedirá o ajuizamento de ações individuais" (GRINOVER; NERY JUNIOR; WATANABE, 2011, p. 204).

Por outro lado, ainda sobre esse assunto, Baziloni (2004, p. 129) com entendimento diverso, acredita que, em caso de improcedência da ação, “[...] não há possibilidade de repetição do pedido por qualquer autor coletivo, seja por insuficiência de provas, ou não. Os lesados, claro, poderão individualmente pleitear seus direitos em ações próprias”. Isto significa dizer que, ao contrário do entendimento de Talavera (2004), que acredita que no caso dos direitos individuais homogêneos o julgado improcedente fará coisa julgada somente entre as partes (possibilitando o ajuizamento de nova demanda coletiva por outro legitimado coletivo), Baziloni (2004) acredita que somente será possível o ajuizamento de novas ações individuais (como já mencionado acima), mas não será possível ajuizar novamente uma **demanda coletiva** em relação aquele direito que já foi julgado improcedente na própria ação coletiva, ou seja, para ele, é autorizada uma nova ação para proteção do interesses individuais, mas não é autorizada uma segunda tentativa de ajuizamento de ação coletiva, quando a primeira já foi decidida pela improcedência (qualquer que seja o motivo).

Finalizada, então, o estudo da coisa julgada no âmbito dos direitos individuais homogêneos, faz-se, por fim, uma última análise acerca do transporte da coisa julgada dos processos coletivos para os processos individuais. O CDC em seus dispositivos prevê que: o particular que tiver, paralelamente à ação coletiva, uma ação individual em curso acerca do mesmo direito, não será atingido pela coisa julgada material (procedente) *erga omnes* ou *ultra partes* gerada pelas ações coletivas. Veja que, nesse caso, a situação é um pouco diversa da tratada logo acima, quando o sujeito ainda **não tinha proposto qualquer ação individual**, e, nessa hipótese, o que se tem é uma ação individual que corre juntamente com a coletiva. Assim, para que o autor desta ação seja beneficiado pelos efeitos da coisa julgada coletiva é necessário que haja um pedido de suspensão da sua ação individual, até que a ação coletiva seja julgada, e, sendo esta procedente, aquele poderá aproveitar-se da decisão favorável dada pelo juiz na demanda coletiva para a sua ação individual. Deste modo, caso não haja o pedido de suspensão na ação individual, esse autor não estará acobertado pelo efeito diferenciado da coisa julgada coletiva, tendo sua ação individual julgada separadamente daquela. Sempre lembrando que, em caso de improcedência da ação coletiva este, ainda que tenha feito a suspensão do processo, não será atingido pela decisão coletiva desfavorável, uma vez que tratam-se de direitos/ações diversos: um é no âmbito coletivo e outro no âmbito privado; sendo possível que este retome sua ação individual para tentar um resultado positivo ao seu pleito. Entretanto, quando for para beneficiar, o legislador autorizou que o particular se valesse da procedência da ação coletiva transportando-a para sua demanda individual, mas

veja, não se trata de extensão dos efeitos da coisa julgada da ação coletiva, mas sim, transporte do resultado de uma para outra.

Nesse sentido, Mancuso (2012, p. 381):

É lícito, pois inferir, que a interpretação dos dispositivos contidos nessa parte processual do CDC deve ser feita, prioritariamente, em prol da jurisdição coletiva, e não o contrário, porque, afinal, foi em nome de uma tutela diferenciada – dita *molecular* – que todo o sistema processual coletivo foi engendrado. Assim, parece-nos que a concorrência do pleito coletivo com as demandas individuais deve ser administrada de maneira que *um plano não crie obstáculos ao outro*, e isso só será possível: [...] (ii) se aos indivíduos que não ajuizam ou então sobrestam seus pleitos particulares ficar assegurado que, depois, tanto poderão se beneficiar da eventual coisa julgada coletiva *favorável*, como, em resultando improcedente a ação coletiva, poderão propor ou retomar suas ações individuais.

Logo, note-se que aqui não deve se confundir a extensão de uma coisa julgada coletiva, que se dará no âmbito dos direitos coletivos, com o transporte da coisa julgada benéfica para uma ação de cunho individual. Tanto são diferentes as questões que, **jamais**, em caso de improcedência da ação coletiva (seja de direito difuso, seja de direito coletivo *strictu sensu*, seja de direitos individuais homogêneos), essa improcedência irá prejudicar a propositura de novas ações que visem a proteção do direito individual (conforme já foi dito acima, quando da análise específica da coisa julgada para cada tipo de direito coletivo). O que ocorre, quando da improcedência de uma ação coletiva, é o não reconhecimento daquele direito como sendo um direito passível de ser coletivamente tutelado, ou ainda, o reconhecimento de que aquela coletividade não seja titular desse direito transindividual. Mas, nada impede que esse mesmo direito seja tutelável pelo direito individual, ou seja, nada impede que esse direito exista na esfera particular. E é por esta razão que as ações individuais não são impedidas, quando da decisão de improcedência de uma ação coletiva; logo, por decorrência lógica, é pelo mesmo motivo, que as ações individuais suspensas (que aguardam o resultado da demanda coletiva), também não são atingidas pela improcedência da ação coletiva.

Ainda, referente à questão da improcedência atingir ou não os que suspenderam a ação individual, Mazzilli (2012) lembra que ao suspender, o particular terá a oportunidade de habilitar-se ou não, na ação coletiva como interessado e, caso este opte por se habilitar, a partir daquele momento este será considerado como um participante da ação coletiva, como acima já foi explicado, o que fará com que a coisa julgada coletiva o atinja, seja em caso de improcedência, seja em caso de procedência. Nesse sentido, explica o autor Mazzilli (2012, p. 623):

Quanto ao lesado individual, a lei ordinária ao menos assegura a possibilidade de sua participação nas ações coletivas, caso ele requeira a suspensão de seu processo individual; uma vez suspenso o processo individual, abre-se ao lesado a opção de

habilitar-se ou não no processo coletivo, mas, habilitando-se, ele se sujeitará ao que vier a ser decidido neste feito.

Note-se, trata-se de situações diversas: a) a primeira, o sujeito não tem nenhuma ação individual que corre paralelamente à ação coletiva; mas, caso essa seja julgada improcedente, este não perderá seu direito de ajuizar uma ação individual em defesa de seus direitos particulares; b) na segunda, ele tem uma ação individual em curso, e não pede sua suspensão, sendo ele inatingível por qualquer resultado da demanda coletiva (seja de improcedência ou de procedência); c) na terceira, ele pede a suspensão de seu processo individual, podendo ele aguardar pelo resultado da ação coletiva, e, caso seja ela procedente, ele poderá fazer o transporte desta decisão para sua ação individual; d) e, por último, ele suspende seu processo individual, habilita-se na ação coletiva, passando a ser parte do processo coletivo, e por esse motivo, acaba sendo atingido se o resultado da demanda for de **improcedência**. Nesse sentido, Mazzilli (2012, p. 559), resumidamente, apresenta todas as opções que o autor da ação individual tem diante do ajuizamento de uma ação coletiva, acerca do mesmo “tema”:

Buscando atalhar o *mal maior*, que seria a contradição no plano prático, elaborou o legislador brasileiro um engenhoso sistema de convivência entre os planos coletivo e individual, que pode ser assim sumariado: (1) a judicialização do conflito coletivo não obsta o ajuizamento da ação individual concernente ao mesmo *thema decidendum*, mas se esta última prosseguir *em paralelo* à coletiva, o autor individual não poderá aproveitar-se de eventual coisa julgada favorável que se venha formar no plano coletivo, numa aplicação da parêmia *electa una via non datur regressus a alterami*; (2) quem, individualmente, quiser aproveitar-se de uma eventual coisa julgada coletiva *favorável* que se venha a formar ao final do pleito coletivo, deverá adotar uma de duas condutas: ou bem não ajuíza de pronto sua demanda ou, então, sobresta aquela porventura já iniciada, em qualquer caso ficando “à espera” do desfecho da ação coletiva; (3) quem não adotar nenhuma dessas alternativas e prosseguir na demanda individual, assumirá o risco de esta vir a ser eventualmente rejeitada, sem que possa invocar em seu prol a eventual coisa julgada formada no julgado acolhedor da pretensão coletiva; (4) o réu na ação coletiva (v.g. O fabricante, o comerciante), a qual ao final veio a ser rejeitada no mérito, após cognição plena e exauriente, com trânsito em julgado, não poderá ser reconduzido ao polo passivo de uma segunda ação coletiva sobre o mesmo objeto litigioso, embora possa vir a ser demandado nas ações individuais.

Desta forma, quando estiver sendo processada, paralelamente, uma demanda individual e uma demanda coletiva, o autor da demanda individual terá o seu direito de escolher entre prosseguir na sua ação ou não; e, caso decida em não prosseguir este deverá, por conseguinte, suspender sua ação; e, ao suspendê-la, poderá escolher entre ser ou não, um partícipe da ação coletiva, e, se escolher por ser um partícipe, ficará no campo abrangência da decisão de improcedência das ações coletivas.

Assim, no caso em que uma decisão coletiva favorável é dada e, posteriormente, levada pelo autor à sua ação individual, é possível observar a hipótese da coisa julgada *in*

utilibus, uma vez que este, ao suspender sua ação, opta por ser beneficiado pelos efeitos da coisa julgada coletiva e a utiliza a seu favor em sua própria demanda. Desta forma, vê-se que quando há “[...] acolhimento do pedido na ação coletiva, a sentença irradia efeitos a todos da coletividade, que poderão dela valer-se para a efetivação de suas pretensões individuais” (TALAVERA, 2004, p. 159). Ainda, com base no que já foi mencionado, é necessário lembrar que, “[...] no plano das pretensões pessoais, a coisa julgada só opera *in utilibus*, para favorecer e não para prejudicar os membros do grupo, categoria ou classe.” (GRINOVER, 2005, p. 20), sendo ele autorizada somente nesses casos.

Sobre esse assunto, Mancuso (2012, p. 559), em sua obra, resume:

É por isso que: (i) se o lesado individual optar por sobrestar sua demanda, na expectativa de aproveitar-se de eventual e futura coisa julgada formada na ação coletiva, ele se poupa da ação de conhecimento, restando-lhe proceder à oportuna liquidação e execução, no que lhe for útil (dito transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva: §3.º do art. 103 e art. 104 da Lei 8.078/90); (ii) de outro modo, a menos que o lesado individual se tenha litisconsorciado ao pleito coletivo afinal rejeitado após cognição exauriente e prova plena, ele estará livre para ajuizar sua demanda particular, até porque não foram as específicas situações individuais que constituíram o objeto da demanda coletiva; daí o porquê de a condenação coletiva ser genérica, no caso dos interesses individuais homogêneos (art. 95 do CDC).

Por fim, após toda a análise feita ao longo desse capítulo, é possível observar que as diferenças entre a coisa julgada individual e a coisa julgada coletiva são enormes, essencialmente no que se refere ao seu limite subjetivo. Enquanto na coisa julgada individual a análise de quem será atingida pela coisa julgada é restrita entre partes e aqueles que especificamente participaram da lide (terceiros interessados), na coisa julgada coletiva essa análise, dependendo do resultado da lide, perde a razão de ser. E, isto se dá, porque “[...] enquanto no conflito intersubjetivo [...] o objeto litigioso é confinando entre os próprios contraditores, já na jurisdição coletiva, por definição, a lide concerne a um número expressivo de sujeitos [...], ou mesmo à inteira coletividade” (MANCUSO, 2012, p. 356), ficando, desta forma, impossível que o resultado da lide não se estenda externamente a ela, atingindo uma coletividade, ou até mesmo, toda a sociedade.

Note-se, portanto, que a diferença entre as duas modalidades de coisa julgada está em definir até quem a coisa julgada pode operar seus efeitos. Na coisa julgada individual, o estudo acerca do “terceiro” é fundamental, uma vez que é necessário diferenciá-los entre aqueles cuja coisa julgada pode se tornar indiscutível, e entre aqueles que sua autoridade não alcançará. Percebe-se que essa discussão não tem a mesma relevância em se tratando de coisa julgada coletiva, uma vez que o objetivo da demanda é justamente ir “além das partes” que compõe a lide. Nesse sentido, Mancuso (2012, p. 297), leciona:

As precedentes considerações expostas ao longo deste capítulo servem, pois, para demonstrar que a noção de “terceiro”, tão cara, por compreensíveis razões, ao plano da jurisdição singular, ou bem não se aplica ao plano coletivo, ou deve passar por profunda releitura, de modo a adaptá-la a esse diverso e peculiar ambiente processual, marcado pela prevalência da tutela coletiva do interesse metaindividual, em face das posições particulares dos sujeitos concernentes *ao thema decidendum*.

Assim, ficam evidente as peculiaridades que a coisa julgada coletiva traz em seu âmago, e todas elas devem ser levadas em consideração ao se operar com o instrumento processual coletivo. Há quem questione sua constitucionalidade por atuar de forma diferenciada em relação aos seus limites subjetivos, atingindo pessoas que não tenham participado da lide ativamente, sem permitir que estas exerçam o seu direito constitucional da ampla defesa e do contraditório. Entretanto, a princípio, esse questionamento não é apropriado, uma vez que a própria Constituição traz a previsão das ações coletivas, cuja finalidade é exatamente a de possibilitar que se resolvam as questões de ordem molecular, sendo que, somente é possível que a ação coletiva atinja seu objetivo, se a coisa julgada tiver seus limites alargados para aqueles que da lide não participaram. Logo, sem o tratamento “além das partes”, que a coisa julgada tem para as demandas coletivas, estas perderiam seu propósito, e, em nenhum quesito se distinguiriam das demandas individuais. Nesse sentido, Mazzilli (2012, p. 623):

Entre as peculiaridades da coisa julgada coletiva, a primeira delas está, naturalmente, na expressão da imutabilidade do *decisum* para além das partes formais do processo. Talvez se quisesse questionar a própria constitucionalidade da coisa julgada que se forma em matéria de interesses transindividuais, sem que os titulares do direito material participem diretamente do processo. Essa objeção, porém, não nos pareceria pertinente, se é a própria Constituição que admite por expresse a existência das ações civis públicas, coletivas e ações populares, a até legitima o Ministério Público, alguns entes e algumas entidades para a defesa de interesses difusos e coletivos, como é o caso dos interesses de grupos, classes ou categorias de pessoas; assim, é evidente que a própria Lei Maior está a querer que a decisão da lide aproveite a todo o grupo lesado, uma vez que essa extensão é a própria razão de ser das ações de índole coletiva.

Enfim, por todas essas razões, é que a coisa julgada no âmbito coletivo tem um papel fundamental nas resoluções das lides, já que, sem ela, não seria possível operacionalizar as ações coletivas, uma vez que esta somente garante, na prática, alguma eficácia, porque é possível a extensão de seu julgado a todos aqueles que em um direito coletivo foram lesionados.

4 PREVALÊNCIA DO INTERSSE COLETIVO

4.1 A COMPETÊNCIA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Parte-se, nesse momento, para análise da competência em sede de ação civil pública. De forma breve, dar-se-á, inicialmente um conceito geral, celebrado pelo Código Civil, para, posteriormente, transportar esse conceito para analisá-lo em relação às ações de direitos coletivos.

Nossa jurisdição é una, ou seja, ela não é segmentada, e, portanto, não comporta divisões. Assim, ensina Dinamarco (2009a, p. 333), sobre a jurisdição:

O Estado exerce seu poder (único) mediante atividades de seus múltiplos organismos – fazendo-o ao legislar, ao governar e ao solucionar conflitos das mais variadas ordens. Cada juiz, de qualquer grau, em qualquer das variadas Justiças de que se compõe o Poder Judiciário brasileiro, exerce a mesma jurisdição que os demais juízes exercem: é sempre o poder estatal exercido com o objetivo pacificador, ou seja, é sempre *a jurisdição*. As *espécies de jurisdição*, determinadas segundo alguns ditames de pura ordem prática, não infirmam essa unidade.

A jurisdição, portanto, é a “[...] função exercida pelo Estado através de agentes adequados (os juízes), com vista à solução imperativa de conflitos interindividuais ou supra-individuais” (DINAMARCO, 2009a, p. 315), ou seja, é quando o Estado, numa situação jurídica concreta, impõe as decisões (por isso se diz que ela é imperativa), sem que haja a anuência do sujeito de direito, ficando este, em verdade, submetido ao que for definido pelo juiz. E, dessa incumbência fica responsável o juiz, justamente porque é vedado ao autor o instituto da autodefesa, que pressupõe a “justiça com as próprias mãos”, ou ainda, a “vingança particular”, assumindo, dessa forma, o Estado o monopólio da jurisdição (DINAMARCO, 2009a).

Assim, à repartição da jurisdição – que é esse poder uno do Estado -, entre os juízes que deverão julgar as demandas, dá-se o nome de competência, também chamada de “medida da jurisdição”. Logo, de maneira geral, pode-se dizer que a competência é “[...] o conjunto das atribuições jurisdicionais de cada órgão ou grupo de órgãos, estabelecidos pela Constituição e pela lei” (DINAMARCO, 2009a, p. 423).

A distribuição do exercício da jurisdição entre Justiças (Federal, Estaduais, do Trabalho *etc.*) ou entre juízes pertencentes à mesma Justiça apresenta a temática da *competência*, tradicionalmente conceituada como *medida da jurisdição*. A jurisdição nacional (única) é exercida por todos os juízes do país, mas a cada um deles ou a cada grupo de juízes (Justiças a Constituição e a lei atribuem a missão de exercê-la com relação a determinadas pessoas, sobre tais ou quais espécies jurídico-materiais de litígios [...], em determinado *lugar* e nos variados graus de jurisdição (a competência dos tribunais) (DINAMARCO, 2009a, p. 333).

Dessa forma, a competência pode ser sucintamente conceituada como sendo a forma de distribuição da jurisdição entre os vários órgãos do Poder Judiciário “[...] em face de um determinado grupo de casos” (ARENHART; MARINONI, 2012, p. 35).

Segundo Arenhart e Marinoni (2012), são quatro os critérios estabelecidos para a definição da competência, quais sejam: o objetivo - que se divide em dois: em razão do valor da causa e em razão da matéria -, o territorial e o funcional. Os dois primeiros (valor da causa e em razão da matéria), levam em conta as características da causa, distribuindo as ações entre os órgãos jurisdicionais conforme as afinidades ou disparidades da demanda. O terceiro critério (territorial), considera as funções exercidas pelo órgão jurisdicional, como por exemplo, as funções exercidas por um juiz de primeiro grau, e as exercidas pelo magistrado em segundo grau, em sede recursal. E, por fim, tem-se o critério de competência territorial, que é estabelecido levando em conta a “[...] dimensão territorial atribuída à atividade de cada um dos órgãos jurisdicionais” (ARENHART; MARINONI, 2012, p. 40), ou seja, o território brasileiro é dividido a fim de que cada magistrado seja o responsável em julgar os casos de determinada região. Nesse sentido, a Justiça Estadual se divide em comarcas, e a Justiça Federal em circunscrições, por exemplo (ARENHART; MARINONI, 2012).

Esses quatro critérios de competência, são, ainda, agrupáveis em outros dois gêneros, que estabelecem se a definição da competência se dará de forma relativa ou absoluta. A competência relativa é aquela cuja fixação não é obrigatória, ou seja, depende do interesse das partes, ficando à seu dispor o desejo de alterá-la ou não. Já a absoluta é obrigatória, não se permitindo que as partes convençionem de modo diverso daquele legalmente instituído. Quanto aos critérios de competência absoluta, são eles o de caráter material e o funcional; enquanto os de competência relativa, em regra, são o territorial e o fixado pelo valor da causa. Observa-se, entretanto, que a competência territorial comporta certas exceções, sendo, excepcionalmente estabelecida de forma absoluta (ARENHART; MARINONI, 2012).

Finalizando os conceitos gerais em relação à competência, inicia-se a análise da competência em relação aos direitos coletivos. Tendo em visto que se está diante de direitos coletivos, a fixação a competência é uma questão relevante para essas ações. Salienta-se que, considerando que os direitos coletivos pertencem a coletividades, que, na maioria das vezes, estão dispersas e não possuem qualquer relação que os conecte. Desta forma, é necessário que se tenha cautela no momento de se determinar a competência para as ações coletivas, adotando uma flexibilidade maior, evitando possíveis prejuízos em sua tutela (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, 2011).

Ainda, é importante lembrar que o estabelecimento da competência, em qualquer demanda, tem um objetivo principal, que é o de garantir um melhor julgamento do processo, ou seja, não é por mera arbitrariedade que se sedimentou esta regra. Nesse mesmo sentido, não poderia ser diferente em relação aos direitos coletivos, que, tendo dimensões sociais, tem em sua determinação de competência o cunho de “[...] assegurar que a instrução e o julgamento sejam realizados pelo juízo que maior contato tenha tido ou possa vir a ter com o dano efetivo ou potencial aos interesses transindividuais” (MAZZILLI, 2012, p. 282). Entretanto, essa função, nos direitos coletivo, não é simples, e ainda gera muita divergência na doutrina.

A Lei da Ação Civil Pública prevê a competência para processar e julgar estas ações em seu artigo 2º, que dispõe que “as ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.”, sendo esta, portanto, a regra geral para o estabelecimento da competência. Nesse sentido, extrai-se da lição de Mazzilli (2012, p. 282):

O escopo da norma é facilitar o ajuizamento da ação e a coletiva da prova, bem como assegurar que a instrução e o julgamento sejam realizados pelo juízo que maior contato tenha tido ou possa vir a ter com o dano efetivo ou potencial aos interesses transindividuais. A opção em favor do local do dano constitui exceção ao princípio geral da propositura da ação no foro do domicílio do réu (CPC, art. 94), ou do local do ato ou fato (CPC, art. 100, V).

Conforme se observa da leitura do artigo em questão, e dos ensinamentos dados pelo autor, neste momento, é importante esclarecer os termos em que se dá a competência para as ações coletivo, uma vez que o dispositivo menciona que a competência será funcional, mas insere o quesito do foro do local do dano como uma condição a ser cumprida. Desta forma, considerando esse raciocínio, pode-se observar, então, que, a princípio ela é híbrida, criando-se, nos dizeres de Didier Jr. e Zaneti Jr. (2012), uma competência territorial funcional.

Contudo, conforme estudo mais recente acerca dessa competência, “[...] a doutrina mais recente já vem percebendo o equívoco de qualificar a competência territorial na ação coletiva como competência funcional” (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, 2011, p. 140), e tem se posicionado de maneira diversa do que dispõe o artigo 2º, majoritariamente entendendo que, neste caso, em verdade, não se trata de competência funcional, mas sim territorial. Inclusive, um dos argumentos de Mazzilli (2012) usado para se afastar a competência funcional das tutelas coletivas, está no fato de que sequer foram criados juízos competentes para a defesa dos interesses transindividuais. Assim, com uma interpretação mais elaborada do dispositivo em questão, tem-se preferido dizer que, na verdade, a competência

em função do local do dano, nesses casos, é territorial absoluta, retirando-se o uso do adjetivo formal 'funcional' para designar-se a competência das ações coletivas.

Observa-se, aqui, então, que, ao invés de se tratar de uma competência territorial relativa, como normalmente é estabelecida em relação ao território, aqui, excepcionalmente, por força de lei, a competência será absoluta. Logo, “[...] na defesa de interesses transindividuais indivisíveis (difusos e coletivos), a competência é estabelecida, de forma absoluta, em razão do local do dano” (MAZZILLI, 2012, p. 281), ou seja, “[...] ela é inderrogável improrrogável pela vontade das partes” (GRINOVER; NERY JUNIOR; WATANABE, 2011, p. 148).

Cumpra esclarecer, também, que esse caráter absoluto da competência em relação ao local do dano, deve ser considerado como regra de ajuizamento de todas as demandas coletivas (tendo, evidentemente, algumas exceções, cuja análise é irrelevante para este trabalho), inclusive para as de direito do consumidor. Isto se deve ao fato de que, como já mencionado anteriormente, as tutelas coletivas encontra-se organizadas em um microssistema coletivo de tutelas, que dá amparo a esse entendimento⁸ (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, 2011).

E em relação ao direito do consumidor, afirma-se que a eles igualmente se destina essa regra, uma vez que esse diploma legal se omite acerca da competência para os direitos transindividuais, positivando apenas a respeito dos direitos individuais homogêneos, que, por serem inéditos no ordenamento brasileiro até o advento do CDC, jamais tinham sido abordados em outra legislação nacional. Nesse sentido:

Ressalvados alguns casos especiais de que cuidaremos mais adiante (as ações civis públicas ou coletivas que se fundem no ECA, as que versem danos regionais ou nacionais e as que digam respeito à responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços), no mais, a do dano – aplica-se à defesa de quaisquer interesses difusos ou coletivos, inclusive aqueles relacionados com os consumidores. Com efeito, o CDC contém norma específica para a ação coletiva que verse a defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores (art. 93), mas o art. 2º da LACP também é aplicável à defesa interesses difusos ou coletivos dos consumidores, por força da remissão contida no art. 90 do CDC. (MAZZILLI, 2012, p. 282)

Logo, conforme é possível observar, a competência territorial absoluta se dará também em relação aos direitos dos consumidores, tendo em vista que o CDC não traz previsão específica para a competência dos transindividuais o CDC, somente para os direitos individuais homogêneos.

Outra questão normalmente debatida no âmbito da competência dos direitos coletivos se faz em torno da extensão do dano, ou seja, como tratam-se de direitos coletivos, é

⁸Nesse sentido, sustentam Didier Jr. e Zaneti Jr. (2011, p. 141), que inclusive a Ação Popular seguiria essa regra.

comum se estar diante de um dano de grandes proporções, que possam atingir, ao mesmo tempo, várias localidades. E o que se indaga, então, é que ao se aplicar a regra geral de seleção do foro competente, nesses casos, se estaria diante de uma incógnita acerca de qual desses inúmeros possíveis foros seria o competente. Isso se dá porque a LACP fixa a competência para o foro do local do dano, mas “[...] não cuida das situações em que o dano é nacional ou regional” (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, 2011, p. 143). Para este embate, entretanto, se busca a solução no CDC, que, ao estabelecer, em seu inciso II, do artigo 93, a competência para os direitos individuais homogêneos, supriu essa lacuna do sistema coletivo prevendo que: “[...] no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.” Desta forma, ainda que não haja nenhum dispositivo específico que trate da competência em relação aos direitos transindividuais, para danos em extensão regional ou nacional, aplica-se o referido artigo analogicamente a esses direitos coletivos, a fim de suprir a omissão do legislador em razão dessa matéria. Em harmonia com esse entendimento, Mazzilli (2012, p. 282), explica:

Em se tratando de ação civil pública ou coletiva que objetivo a defesa de interesses difusos ou coletivos de caráter regional ou nacional, não há previsão normativa específica para determinar a competência. Por analogia ao que vem disposto em matéria parelha pelo CDC no tocante à defesa de interesses individuais homogêneos, mesmo as ações que versem interesses difusos e coletivos, envolvendo ou não consumidores, deverão ser ajuizadas na Capital do Estado ou no Distrito Federal.

Assim, estando-se diante de uma situação em que o dano é nacional ou regional, aplica-se a regra estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor, no seu artigo 93, inciso II, com a finalidade de facilitar o acesso à justiça e garantindo o bom andamento do processo.

Didier Jr. e Zaneti Jr. (2011), lembram também que, nos casos de incompetência do juízo, o juiz não deverá de pronto, extinguir o processo por incompetência, sendo necessário, nesses casos, que o juiz leve em consideração o princípio da prevalência do julgamento do mérito “[...] sendo que, mesmo nos casos em que houver litispendência, a extinção é a última solução adequada, devendo ser privilegiada a reunião dos processos em um único juízo” (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, 2011, p. 145).

Por fim, se faz a análise da competência para os direitos individuais homogêneos, que, como já foi previamente mencionado, possui um dispositivo próprio no Código de Defesa do Consumidor, qual seja, o artigo 93. No mesmo sentido dos direitos transindividuais, os danos individuais homogêneos tem competência para serem julgados em razão do foro do local do dano, não possuindo, portanto, grandes diferenças em relação ao seu tratamento se comparado com o disposto no artigo 2º da LACP. Visível fica, assim, a

consonância que existe entre esses dois dispositivos, que versam da competência para as ações de direitos coletivos.

4.2 A LEI 9.494/97 E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Chega-se, então, finalmente, no ponto crucial desse trabalho, que é a análise da Lei 9.494 de 10 de setembro de 1997. Essa lei, aprovada cerca de sete anos após a promulgação do Código de Defesa do Consumidor - que representou para o Brasil verdadeiro avanço em relação à tutela coletiva-, veio para macular o microssistema desenvolvido até então.

Nesse momento, volta-se para a análise histórica feita inicialmente, relembando o caminho de glória que nossas tutelas coletivas vinham tomando ao longo da década de 80, com o advento da Lei de Ação Civil Pública, em 1985, e, posteriormente, com a Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988; e na década de 90, com o Código de Defesa do Consumidor, e demais legislações de âmbito coletivo. Entretanto, com a aprovação de diversas leis, posteriores a esses diplomas legais supracitados, vários retrocessos foram observados no âmbito do processo coletivo, em geral.

Desta forma, analisando-se a origem desses retrocessos, é possível notar que a maioria deles foram provenientes de Medidas Provisórias convertidas em lei. É oportuno, então, apontar a crítica feita por Mazzilli (2012), que, seguido por outros doutrinadores, demonstra como a medida provisória foi usada de maneira manifestamente irregular pelos presidentes desse país que, sem cumprir com os requisitos de relevância e urgência, exerceram função legislativa, violando sensivelmente as regras democráticas e os princípios de separação dos poderes. Importante ressaltar, assim, que, não foi somente a supramencionada Medida Provisória que violou os requisitos mencionados, trazendo retrocessos a Lei de Ação Civil Pública, mas muitas outras que, desrespeitando as exigências, também se demonstraram maléficas ao ordenamento jurídico brasileiro. Em relação à LACP, pode-se mencionar duas principais Medidas Provisórias que foram responsáveis pela involução legislativa em torno dessa matéria, qual seja: a Medida Provisória nº 1.570, de 26 de março de 1997, transformada na Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, e a Medida Provisória nº 2.180-35 de 24 de agosto de 2001, que acrescentou algumas disposições à referida Lei. Dessas duas, a primeira é a que cabe, aqui, analisar.

Assim, iniciando a análise da lei 9.494/97, que se originou da conversão da Medida Provisória nº 1.570, - editada pelo Poder Executivo de maneira arbitrária-, nota-se que

esta trouxe entre suas disposições, por meio de seu art. 3º, a alteração do art.16, da LACP, que disciplina a coisa julgada na ação civil pública. Nesse sentido, se manifesta Mazzilli (2012, p. 294):

Essa lei é, pois, fruto da conversão da Med. Prov. n. 1.570/97, editada sem a presença dos pressupostos constitucionais autorizadores de relevância e urgência (CR, art. 62), e que se destinou a alterar um dispositivo processual que estava em vigor há mais de uma década, sem contestação de qualquer tipo

Assim, para se dar início a análise do artigo 16, da LACP, traz-se sua versão original, ou seja, anterior às alterações dadas pela Medida Provisória. Na leitura do texto original, percebe-se que, este estava em perfeita consonância com as disposições já dadas acerca dessa matéria na LAP, bem como com as estabelecidas pelo Código consumeristas, alguns anos depois. Por oportuno, transcreve-se o artigo, em sua primeira versão: “Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.”

Note-se que o texto original do referido artigo é muito semelhante ao atualmente estabelecido pelo inciso I, do artigo 103, do CDC, que, mesmo sendo posterior ao artigo 16, da LACP, conservou o a lógica do sistema, não gerando dúvidas aos aplicadores da lei. Assim, previa o art. 16 “[...] que a imutabilidade dos efeitos da sentença não ficaria adstrita aos partícipes da relação processual” (VIGLIAR, 1998, p. 178), e, portanto, como é possível observar, ambos estabeleciam como regra o regime da coisa julgada *secundum eventum probationen*, condicionando os efeitos *erga omnes* da sentença ao esgotamento de provas.

Além disso, referido artigo, também se coadunava com o que determina o artigo 18 da Lei de Ação Popular, que, no mesmo sentido, disciplina a coisa julgada, com efeitos *erga omnes*, prevendo a possibilidade de proposição de nova demanda, em caso de insuficiência de provas. (LENZA, 2008, p. 261). Por oportuno, transcreve-se o artigo 18 da LAP:

Art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível "erga omnes", exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Percebe-se, portanto, que o legislador, inicialmente, teve o cuidado em estabelecer regimes semelhantes para a coisa julgada em seus diversos diplomas legais, sem que um restringisse o outro, mantendo o mesmo regime para a extensão da sua imutabilidade aos lesados de direito coletivo. Entretanto, após alguns anos de vigência desse sistema harmônico,

por meio da já referida Medida Provisória nº 1.570, esta harmonia foi ameaçada, rompendo com a sintonia estabelecida entre estas normas desde o início de sua criação.

Desta forma, com a nova redação dada pelo artigo 2º da Lei 9.494/97, o artigo 16, da Lei de Ação Civil Pública, passou a ser previsto deste modo:

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Comparando esta redação à redação anterior, a modificação, a princípio, parece inexistente, uma vez que sutil, e aparentemente inofensiva. Ao se fazer o cotejo entre essas duas redações, observa-se que a extensão *erga omnes* da coisa julgada foi mantida, da mesma forma como a possibilidade de oferecer nova demanda, quando a coisa julgada for improcedente por faltas de provas. A inovação trazida pela Lei 9.494/97 foi a de acrescentar o termo “nos limites da competência territorial do órgão prolator”, com o intuito de “[...] limitar a eficácia *erga omnes* da coisa julgada no processo coletivo” (MAZZILLI, 2012, p.295).

Primeiramente, nota-se, então, que, com a introdução dessa parte ao artigo 16 da LACP, o legislador acabou por confundir limites subjetivos da coisa julgada, ou seja, a quem ela deve atingir; com a competência territorial, ou seja, qual o órgão competente para exercer a jurisdição nos casos de Ação Civil Pública. Assim, conforme os ensinamentos de Zavascki (2011, p. 66), a “[...] interpretação literal do dispositivo sugere que a coisa julgada estaria circunscrita a um determinado espaço físico [...]”, fazendo com que seu limite subjetivo estabelecido pelo regime *erga omnes*, ficasse restrito territorialmente à competência do juiz prolator da sentença. Logo, retomando as lições já dadas nos outros capítulos, e, considerando que o limite subjetivo da coisa julgada se dá pelo pedido e não pela competência (GRINOVER; NERY JUNIOR; WATANABE, 2011), nada tem relação a instituição dos limites da coisa julgada com a jurisdição atribuída ao juízo, em exercer o poder estatal a ele investido para atuar em determinado território. Assim, “[...] a interpretação literal do art. 16, leva, portanto, a um resultado incompatível com o instituto da coisa julgada. Não há como cindir territorialmente a qualidade da sentença ou da relação jurídica nela certificada” (ZAVASCKI, 2011, p. 66).

Sobre essa questão explica Mancuso (2012, p. 297), citando Neslon Nery Junior, que essa limitação dada a coisa julgada é “surrealista”, uma vez que qualquer sentença proferida em qualquer lugar do mundo, poderá surtir efeitos em qualquer parte do mundo, e assim ele exemplifica: “[...] sentença alemã, dada por juiz com jurisdição e competência restritas à Alemanha, atinge as pessoas cuja relação jurídica foi decidida. Pode produzir

efeitos no Brasil, desde que, [...] as pessoas que devem suportá-la residam aqui.” Ainda, nessa diapasão Mancuso (2012, p. 297) dá um exemplo mais comum, e fácil de entender o porque dessa limitação da coisa julgada à um determinado território ser ilógica:

Essa eficácia expandida de certas decisões trânsitas em julgado sói ocorrer até mesmo na jurisdição singular, quando incidem sobre situações unitárias, incindíveis, por isso mesmo imunes a condicionamentos geográficos: o casal divorciado no Rio de Janeiro o é também, em todos os demais pontos do território brasileiro; o contrato rescindido pela justiça paulista não tem como convalescer em outro Estado da Federação; o condenado pela Justiça Criminal do Rio Grande do Sul não pode “recuperar” a primariedade alhures.

Assim, comparativamente, é possível perceber que, em qualquer ramo do direito brasileiro, seja ele coletivo ou individual – como nos exemplos acima dados por Mancuso (2012), essa restrição à coisa julgada não é compatível com sua natureza, tendo o legislador confundido esse instituto com o da competência, que, por terem funções diversas, não se misturam. Fica evidente, portanto, que ao mesclá-los, faltou ao legislador técnica processual.

Assim, não bastasse a alteração feita pelo artigo 2º da Lei 9.494/97 ao artigo 16, da LACP, em 24 de agosto de 2001 a Medida Provisória nº 2.180-35, trouxe outras modificações acerca do regime da coisa julgada para os direitos coletivos. A principal alteração feita pela M.P. 2.180-35, foi ter acrescentado ao artigo 2º da Lei 9.494/97 (e não à LACP), o **artigo 2º-A⁹**, que, manteve o raciocínio do artigo 2º, dizendo:

Art. 2º - A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

Note-se que, neste caso, não houve alteração da Lei de Ação Civil Pública, como sucedeu no caso da conversão da Medida Provisória nº 1.570 na Lei 9.494/97, com a previsão do artigo 2º. Trata-se, aqui, de uma alteração feita na própria Lei 9.494/97, que acrescentou o artigo 2º-A, na tentativa de reforçar a restrição da coisa julgada à competência territorial do órgão prolator.

Enfim, o ponto a ser analisado agora, então, é: as quais direitos coletivos esses dispositivos deveriam ser aplicados. Isto porque, o artigo 16 está previsto na LACP, a qual integra um microssistema de tutelas coletivas, que não possui uma codificação própria, o que faz com que esse questionamento seja pertinente. E já o artigo 2º-A, está vinculado ao artigo 2º da Lei 9.494/97, que trouxe a alteração do artigo 16, da LACP, o que, por si só, o vincula ao sistema mencionado.

⁹ Esse artigo, inicialmente foi incluído à Lei 9.494/97, pela Medida Provisória nº 1.798-1, de 11.02.1999. Entretanto, esta não esta Medida Provisória não está mais em vigor, sendo o artigo 2º-A, implementado, atualmente, pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.08.2001.

Ora, essa restrição à coisa julgada deveria ser aplicada somente aos direitos difusos, que tem extensão *erga omnes*, e não deveria ser aplicada aos direitos coletivos *strictu sensu*, que tem extensão *ultra partes*? E o que dizer acerca dos direitos individuais homogêneos, que sequer tem previsão legal na LACP, mas que, do mesmo modo que os direitos difusos, possuem extensão *erga omnes*? E ainda, que sentido teria em aplicar essa norma a apenas alguns tipos de direitos coletivos, e não a outros. Enfim, com esses questionamentos, tentar-se-á demonstrar qual era a real intenção do legislador ao editar essa norma, e a qual deles, de fato, ela seria aplicável.

A primeira análise se dará quanto aos direitos difusos. Como já foi dito no capítulo anterior, os direitos difusos tem objeto indivisível, com titulares indeterminados, e possuem uma relação de fato que os une. Assim, teoricamente, em relação aos direitos difusos, quando houver um dano ambiental regional, por exemplo, a poluição do ar atmosférico, ou até mesmo, nacional, por mais que esse dano atinja grandes proporções, ao se aplicar o artigo 16 da LACP, está se admitindo que para o mesmo fato, possam-se ter decisões conflitantes, dadas por juízos diferentes em razão de sua competência. Desta forma, o resultado disso seria que, para um mesmo fato, o dano ambiental poderia ser reconhecido em Estado, por exemplo, mas rejeitado em outro. Ainda, em outro exemplo de demandas coletivas conflitantes, Mancuso citando Vigliar (1998, p. 181) demonstra que, ao se admitir a possibilidade de mais de uma ação versando sobre o mesmo objeto, a consequência seria a de que, por exemplo “[...] uma determinada ação civil pública que julgasse que o remédio 'X' faz mal à saúde em São Paulo, poderia receber solução diversa no Rio de Janeiro, onde uma outra demanda coletiva, agora julgada improcedente, viesse reconhecer que aquele mesmo remédio 'X' era inócuo”. Conclui o autor, então, que diante desses resultados diversos, seria necessário reconhecer a “[...] existência de uma saúde humana paulista e outra carioca, o que é absurdo” (VIGLIAR, 1998, p. 182), ou ainda, para o outro exemplo dado, - da poluição atmosférica do ar-, a existência de um dano ambiental de caráter regional, poderia ser reconhecida por um determinado juízo, mas desprezada por outro.

Nesse diapasão, Vigliar (1998, p. 180), então, questiona sobre a aplicação desse dispositivo aos direitos transindividuais: “Se o interesse é *essencialmente indivisível* e da modalidade difuso, como limitar os efeitos da coisa julgada, a determinado território?”

Se o que se tutela são direitos indivisíveis e pertencentes à coletividade, a sujeitos indeterminados, não há como estabelecer limites subjetivos à imutabilidade da sentença. Ou ela é imutável, e, portanto, o será para todos, ou ela não é imutável, e, portanto, não faz coisa julgada (ZAVASKI, 2012, p. 65).

Pode-se dizer, então, que essa necessária divisão que ocorreria com os direitos difusos seria intolerável, por resultar em um tratamento diverso entre indivíduos que sofreram o mesmo dano e se encontravam ligados entre si por vínculos indivisíveis. (VIGLIAR, 1998). Assim, conforme explica Didier Jr. e Zaneti Jr. (2011, p. 151), “[...] o legislador infraconstitucional não poderia autorizar uma prática que feriria o princípio da igualdade, pois pessoas na mesma situação poderiam receber, do Poder Judiciário, solução diferente [...]”, sendo que um dos objetivos das demandas moleculares é, justamente, o de evitar decisões contraditórias.

Note-se que, ainda, outro problema seria gerado em decorrência da aplicação do art. 16, da LACP. Se há decisões contraditórias, é porque, evidentemente, há a propositura de várias ações, o que, feriria mais um princípio das ações coletivas, que é evitar demandas repetitivas que abarrotam o judiciário. Assim, conforme afirma Mazzilli (2012, p. 295), “[...] admitir solução diversa seria levar a milhares de contraditórias, exatamente contra os mais elementares fundamentos e finalidades da defesa coletiva de interesses transindividuais.” Por fim, importante frisar que, nesse caso, a aplicação do art. 2º-A, é inviável, uma vez que, nas palavras de Grinover (2012, p. 1), nos “[...] interesses difusos os titulares são, por definição, indeterminados e indetermináveis, ligados por circunstâncias de fato, não havendo como saber onde estão domiciliados”, e, como a exigência do artigo se refere ao domicílio de seus titulares, impossível se dá a sua localização, e, portanto, inexecutável se dá sua aplicação nos casos de direitos difusos.

Partindo-se para a análise da aplicação dessa norma para os direitos coletivos *strictu sensu* Mais uma vez, retomando os conceitos dados no capítulo anterior, relembra-se do conceito de direitos coletivos *strictu sensu*. Estes, da mesma forma que o direito difuso, possuem um objeto indivisível, entretanto possuem titulares indeterminados, mas determináveis, e a extensão da coisa julgada se dá *ultra partes*, ou seja, além das partes. Assim, de pronto, seria possível justificar a não aplicação do artigo 16, da LACP, somente pelo fato dele não mencionar qualquer coisa em relação aos efeitos *ultra partes* aplicáveis aos direitos coletivos *strictu sensu*, se limitando a estabelecer que os efeitos da coisa julgada se dariam *erga omnes*. Entretanto, é necessária a análise desse dispositivo em relação aos direitos coletivos *strictu sensu*, pois, considerando a pouca diferença prática entre os termos “*erga omnes*” e “*ultra partes*”, esse artigo poderia, em uma interpretação mais ampla, ser aplicável analogicamente aos direitos coletivos *strictu sensu*. E, caso essa analogia acontecesse, ela seria plenamente aceitável, uma vez que a Lei de Ação Civil Pública rege especificamente sobre a disciplina dos direitos difusos e coletivos *strictu sensu*, e o artigo em

questão não menciona o qual direito ele se refere. Ainda, reforça-se a semelhança entre os direitos difusos e coletivos, quanto ao regime da coisa julgada *secundum eventum probationes*, que, conforme já mencionado, é aplicada a ambos os direitos. E, ainda, ao se observar da leitura do artigo 16, da LACP, este traz a previsão desse regime em seus dizeres. Portanto, considerando que a diferença entre o regime da coisa julgada dos direitos difusos e dos direitos coletivos *strictu sensu* são muito tênues, seria plausível que se aplicasse analogicamente o artigo 16, da LACP aos direitos coletivos *strictu sensu*.

Contudo, da mesma forma como já foi abordado nos direitos difusos, na tentativa de se aplicar o artigo em questão aos direitos coletivos *strictu sensu*, esbarramos, mais uma vez, em alguns obstáculos. Os argumentos aqui usados, basicamente, são os mesmos já abordados em sede dos direitos difusos. Como dito, aqui, o direito também é indivisível e, portanto, impossível de se cindir em razão da competência do juiz prolator da decisão. Desta feita, por decorrência lógica, no mesmo sentido que os direitos difusos, a admissão da divisibilidade das demandas coletivas *strictu sensu* - de cunho indivisível-, feriria a natureza da tutela coletiva direcionada a esse direito.

Nesse sentido, Didier Jr. e Zaneti Jr. (2011, p. 152), citando o exemplo de Célia Stander e Elisa Malta, explicam:

Suponha-se que um empregador de âmbito nacional (por exemplo, um Banco com agências por todo o território brasileiro), esteja lesando por um ato toda a sua coletividade de empregados, através, por exemplo, de uma alteração ilícita e geral das condições de trabalho. Para reparar tal lesão, de caráter nacional, ter-se-ia que intentar diversas ações e distribuí-las por tantas Juntas quantas fossem necessárias para abarcar todo o território abrangido pelo dano. Tal pulverização, contrariando a natureza coletiva do bem tutelado, implicaria, certamente, em múltiplos provimentos, com alto risco de decisões conflitantes.

Deste modo, no mesmo sentido, ensina Moraes (2005, p. 113), que se a coisa julgada dos direitos transindividuais se restringissem à competência territorial do órgão prolator, e ainda, se referida competência estivesse limitada a um Estado da Federação, então, por consequência, se estaria, obviamente, dividindo, “[...] por regra de processo (ficção, criação jurídica), o que é indivisível no mundo da realidade, da matéria”. Assim, denota-se do que já foi explanado que, resta-se igualmente inaplicável o artigo 16, da LACP aos direitos coletivos *strictu sensu*, uma vez que tratam-se de direitos indivisíveis e, portanto, não suscetíveis a divisão em razão da competência territorial do órgão que prolatou a sentença.

E já, em relação ao artigo 2º-A, da Lei 9.494/97, por mais que, em se tratando de direitos coletivos *strictu sensu*, seja possível a determinação do domicílio de seus titulares – porquanto, apesar de titulares indeterminados, estes são passíveis de identificação sendo, portanto, inaplicável o argumento de que é impossível a sua localização-, estes direitos

continuam sendo indivisíveis, e, por isso, não podem se submeter a regra do artigo 2º-A. Ou seja, por mais que sejam determináveis os titulares, seu objeto continua sendo indivisível e a regra do artigo 2º-A, mantém a ideia de que a sentença geraria eficácia apenas em razão da competência do juiz prolator da sentença, tornando, como acima já mencionado, divisível algo que é materialmente indivisível. Desta forma, ainda que não seja possível usar do mesmo argumento usado nos direitos difusos para afastar a regra desse artigo (ou seja, a indeterminação dos titulares), aqui, por força da indivisibilidade de seu objeto, os direitos coletivos *strictu sensu* não permitem a aplicação também deste dispositivo.

Assim, por fim, traz-se uma situação hipotética elaborada por Lenza (2008, p. 275), para exemplificar o quão despropositada é a aplicação da regra dos artigos 16, da LACP, e do art. 2º - A, da Lei 9.494/97, nos casos de direito coletivo *strictu sensu*:

Para exemplificar com novas situações, imagine-se determinada ação coletiva movida, por exemplo, pelo IDEC, valendo-se da previsão estabelecida em seus estatutos de defesa dos consumidores de todo o território nacional, contra administradora de consórcios, objetivando a rescisão contratual e a restituição de valores pagos por consorciados, objetivando a rescisão contratual e a restituição de valores pagos por consorciados desistentes. Essa decisão deverá restringir-se aos *limites da competência territorial do órgão prolator*? E pior, conforme a regra do art. 2º-A, referida sentença abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator?

Fica demonstrado, então, que, na mesma senda dos direitos difusos, é impraticável a aplicação dos referidos dispositivos aos direitos coletivos *strictu sensu*.

Assim, finalizando o exame feito para os direitos coletivos *strictu sensu*, parte-se para análise da aplicação da alteração do artigo 16 da LACP e do artigo 2º-A, da Lei 9.494/97, aos direitos individuais homogêneos. Desta forma, como já tratado no capítulo anterior, estes direitos, são aqueles com objeto divisível, de titulares determináveis, com coisa julgada *erga omnes*, ou seja, são aqueles acidentalmente coletivos. Nesse sentido, Grinover, Nery Junior e Watanabe (2011), argumentam que o artigo 16, da LACP não seria aplicável aos direitos individuais homogêneos por uma razão lógica: os direitos individuais homogêneos são previstos pelo CDC, e nele o regime da coisa julgada adotada segue o formato de *coisa julgada secundum eventum litis*, ou seja, só se fará a coisa julgada material, se a demanda for julgada procedente. E, como se observa da leitura do artigo 16, este estabelece outro regime, qual seja o da coisa julgada *secundum eventum probationes*, condicionando a coisa julgada ao exaurimento de provas. Desta forma, como se tratam de regimes diferenciados de coisa julgada, não seria possível a aplicação desta norma aos direitos individuais homogêneos.

Já em relação ao artigo 2º-A, da Lei 9.494/97, entende Didier Jr. e Zaneti Jr. (2011), que, caso fosse razoável, a alteração do artigo 2º - A, este seria aplicável aos direitos

individuais homogêneos, mas como não é razoável, por consequência ele é inaplicável. Por um outro lado, Zavascki (2011) entende que, na verdade, por uma interpretação construtiva e pela composição dos dois artigos em questão, quais sejam o artigo 16, da LACP e o artigo 2ª-A, da Lei 9.494/97, seria possível ter um resultado compatível de aplicação destes dispositivos em relação aos direitos individuais homogêneos, por conta de seu caráter individual e, por conseguinte, divisível, tornando-se praticável o seu desmembramento conforme o domicílio de seus titulares. Nesse sentido, também, explicando a possibilidade de aplicação da restrição para os direitos individuais homogêneos, é possível extrair a seguinte lição da Ministra Nancy Andrighi, no RESP 1.243.386: “Referida norma, ao tratar de substituição processual, claramente se destina à regulação de ações coletivas ajuizadas para a defesa de direitos individuais homogêneos.”

Na verdade, explica o autor que, pela leitura do artigo 2º-A, o que o legislador objetiva é “[...] limitar a eficácia subjetiva *da sentença* (e não da coisa julgada), o que implica, necessariamente, limitação do rol dos substituídos no processo” (ZAVASCKI, 2011, p. 67). Desta forma, explica o autor, que “[...] nesse caso, o objeto litigioso são direitos individuais e divisíveis, formados por uma pluralidade de relações jurídicas autônomas, que comportam tratamento separado, sem comprometimento de sua essência” (ZAVASCKI, 2011, p. 67)¹⁰. E, mais adiante, conclui:

Nesse pressuposto, em interpretação sistemática e construtiva, pode-se afirmar, portanto, que a eficácia territorial da coisa julgada a que se refere o art. 16 da Lei 7.347/85 diz respeito apenas às sentenças proferidas em ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos, de que trata o art. 2ª-A da Lei 9.494, de 1997, e não propriamente, às sentenças que tratam de típicos direitos transindividuais. (ZAVASCKI, 2011, p. 67)

Assim, portanto, em relação aos direitos individuais homogêneos, caso não fosse desarrazoada, seria possível a aplicação destas modificações previstas pela Lei 9.494/97. Entretanto, conforme se mostrará abaixo, há outros motivos que possibilitam o afastamento dessa norma, inclusive, aos direitos individuais homogêneos.

Finalizando, assim, a análise feita para os direitos individuais homogêneos, traz-se a demais críticas feitas pela doutrina, acerca desses dispositivos, que se aplicam para afastar sua aplicação a qualquer dos três direitos coletivos em questão. Nesse sentido, os autores, enfaticamente, aduzem que, ainda que todos esses argumentos não fossem suficientes para afastar a aplicação da norma, o simples fato do instituto da competência ser incompatível com a natureza da coisa julgada - inicialmente abordado nesse capítulo, isto, por si só, já seria o

¹⁰ Em sentido semelhante, também entendem: Bruning e Fernandez (2011).

suficiente para rebater e rejeitar o uso de qualquer desses dois dispositivos aos direitos coletivos. Nesse sentido, explica Mazzilli (2012, p. 297):

O legislador não soube distinguir *competência* de *coisa julgada*. A imutabilidade *erga omnes* dos efeitos de uma sentença transitada em julgado nada tem a ver com a competência do juiz que profere a sentença: se, em nome do Estado, o juiz detém parcela da jurisdição (isto é, ele é o órgão estatal competente para decidir aquela lide), então sua sentença, depois de transitar em julgado, representará a vontade estatal e passará a ser imutável entre as partes ou, em certos casos, imutável para toda a coletividade (como nas ações populares, nas ações civis públicas ou nas ações coletivas julgadas procedentes). A imutabilidade não será maior ou menor em decorrência da regra de competência que permitiu ao juiz decidir a lide; a imutabilidade será mais ampla ou mais restrita de acordo, sim, com a natureza do direito controvertido e com o grupo social cujas relações se destine regular (interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos). A competência só é critério para determinar qual órgão do Estado decidirá a lide. A imutabilidade do julgado pressupõe, sim, uma válida sentença proferida por órgão jurisdicional competente, mas a competência não adere à sentença para limitar a imutabilidade do *decisum*. A imutabilidade do *decisum* só quer dizer que a lide não mais pode ser reaberta entre as mesmas partes, ou, em alguns casos, até mesmo além das partes, como nas ações que versem interesses transindividuais (o Estado não permite seja renovada a controvérsia judicial).

Desta forma, fica evidenciado que, por serem incompatíveis, não há como se empregar a competência como forma de regulamentação da coisa julgada coletiva.

Além disso, outro argumento que é utilizado pela doutrina é que, apesar de haver a alteração no artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública, o legislador deixou intactas as disposições sobre a coisa julgada trazida pelos três incisos do artigo 103, do CDC (tratados no tópico 3.3 deste trabalho). Desta forma, sem as alterações dos referidos dispositivos no diploma consumerista, as alterações feitas pela Lei 9.494/97, seriam inócuas e ineficazes. Principalmente porque, como já exhaustivamente demonstrado, este não se adéqua ao conceito dado de direitos coletivos (por serem indivisíveis, etc.), e sendo assim, mantendo a previsão do CDC, não se teria motivo para se utilizar das previsões feitas pela Lei 9.494/97, se há margem legal para que se conserve o uso das disposições do CDC. Ademais, há a previsão de aplicação integrada e subsidiária do CDC à LACP, possibilitada pelos artigos 21, da LACP e 90 do CDC (MAZZILLI, 2012). Nesse sentido, se manifestam Didier Jr. e Zaneti Jr. (2011, p. 151), citando Nery Jr e Nery:

Ineficaz porque a alteração ficou capenga, já que incide o CDC 103 nas ações coletivas ajuizadas em fundamento na LACP, por força do LACP 21 e CDC 90. Para que tivesse eficácia, deveria ter havido alteração da LACP e do CDC 103. De consequência, não há limitação territorial para eficácia *erga omnes* da decisão proferida em ação civil pública, quer esteja fundada na LACP, que no CDC.

Por fim, Mazzilli (2012, p. 297), aponta as incoerências que se levaria a aplicação da referida lei aos direitos coletivos *lato sensu*. Primeiro que nenhum dano de caráter regional “jamais poderia ser conhecido e julgado por um único juiz, pois nenhum dos juízes *do local*

do dano teria competência *territorial* sobre todo o local do dano”; segundo que, ainda nos casos de danos regionais ou nacional, o ajuizamento na capital do Estado ou no Distrito Federal, a competência desses juízos ainda assim poderia ser causa de objeção, uma vez que “[...] nem o juiz da Capital do Estado nem o juiz distrital teriam competência *sobre todo o território do dano*, como parece querer a Lei n. 9.494/97”. Logo, se dá mais uma razão, pela qual, a aplicação de tais regras não se coadunam com a sistemática das tutelas coletivas.

Didier Jr. e Zaneti Jr. (2011, p. 147), além desses razões, trazem também, outra causa para a não aplicação desses dispositivos. Para eles, esses dispositivos não atendem ao princípio da razoabilidade, uma vez que “[...] impõem exigências absurdas, bem como permitem o ajuizamento simultâneo de tantas ações civis públicas quantas sejam as unidades territoriais em que se divida a respectiva Justiça”. Desta forma, por esses motivos, entendem os autores que tais “[...] dispositivos normativos invocados, que limitam territorialmente a eficácia subjetiva da decisão coletiva, são inconstitucionais e ineficazes.”

Ainda, além dessa questão relacionada à restrição da coisa julgada à competência do órgão prolator, aduzem os doutrinadores, que o Poder Executivo, por meio dessa (e de muitas outras), medidas provisórias, tinha um objetivo nítido e certo: o de restringir o acesso à justiça e dificultar a utilização desse tipo de tutela, que, durante os anos ganhou muita força em no ordenamento brasileiro e ameaçou os interesses políticos do governo. Assim, nesse mesmo sentido, reforça Mancuso (2011, p. 339), citando João Batista de Almeida, afirmando que, essa restrição é nítida, uma vez que seu objetivo foi, conforme demonstrado, o de “fazer com que a sentença, na ação civil pública, tivesse seus efeitos limitados à área territorial da competência do juiz que a prolatou, com isso afastando a possibilidade de decisões e sentenças com abrangência regional e, principalmente, nacional”. Nesse sentido, Grinover (2012, p. 1):

Apesar de tudo isso, as investidas do Poder Executivo – acompanhado por um Legislativo complacente ou no mínimo desatento – têm atacado a Ação Civil Pública, tentando diminuir sua eficácia por intermédio da limitação do acesso à justiça, da compressão do momento associativo, da redução do papel do Poder Judiciário.

Logo, infere-se, após todos os argumentos apresentados que as consequências dessas alterações, caso elas fossem aplicáveis, seriam desastrosas, uma vez que vai de encontro com os fundamentos das tutelas coletivas, que são justamente facilitar o acesso à justiça, dar maior celeridade ao processo, evitar o abarrotamento do judiciário. Nesse sentido, se expressa Lenza (2008, p. 264-265):

Essa primeira tentativa de restrição dos efeitos subjetivos da coisa julgada aos *limites da competência territorial do órgão prolator* vai totalmente em sentido

contrário a toda evolução de proteção dos interesses transindividuais e, juízo (ondas renovatórias) e da molecularização dos conflitos, já tanto analisadas neste trabalho o objetivo das ações coletivas, conforme já visto, foi trazer maior celeridade ao processo, evitando o conflito de decisões e sua multiplicação, fenômenos responsáveis pelo assoberbamento do Judiciário. Outra grande valia do processo coletivo reside na capacidade de assegurar o acesso à Justiça de interesses transindividuais, muitos deles marginalizados quando individualmente considerados

Portanto, é por essas razões que é possível afirmar que as alterações dadas pela Lei 9.494/97, que alterou o artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública, e pela medida provisória nº 2.180-35, que inclui o artigo 2º-A à Lei 9.494/97, são incompatíveis com o sistema de tutelas coletivas brasileiro, que incorpora princípios constitucionais e fundamentais do direito nacional, e tem papel fundamental no cumprimento do Estado Democrático de Direito, consagrado no artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Entretanto, não foi assim que se posicionou o Supremo Tribunal de Justiça, quando suscitada para responder a cerca do tema. Isso porque, contra a Medida Provisória nº 1.570/97 (que posteriormente se converteu na Lei 9.494/97), foi proposta, pelo Partido Liberal, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 1.576-1, distribuída em 01 de Abril de 1997, para que fosse ela integralmente declarada inconstitucional, suspendendo-se sua eficácia, em sua totalidade. Note-se que a Medida Provisória em questão, foi promulgada em 26 de março deste mesmo ano, o que demonstra que, apenas dias após a sua edição, já havia uma ADIn contra sua vigência. De qualquer forma, o resultado dessa ADIn foi desalentador. Liminarmente, foi pedido a suspensão de sua eficácia, a qual foi concedida parcialmente, já que deferida a suspensão do artigo 2º da referida Medida Provisória (cuja matéria não interessa para esse estudo), mas mantida a eficácia de seu artigo 3º, que é o que altera o artigo 16 da LACP, e, também de seu artigo 1º (cuja matéria também não interessa para esse estudo). Entre os que decidiram pela aplicabilidade da norma, encontra-se o Relator Ministro Marco Aurélio, que afirmou em seu voto:

A alteração do artigo 16 ocorreu à conta da necessidade de explicitar-se a eficácia erga omnes da sentença proferida na ação civil pública. Entendo que o artigo 16 da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, harmônico com o sistema Judiciário pátrio, jungia, mesmo na redação primitiva, a coisa julgada erga omnes da sentença civil à área de atuação do órgão que viesse a prolatá-la. A alusão à eficácia erga omnes sempre esteve ligada à ultrapassagem dos limites subjetivos da ação, tendo em conta até mesmo o interesses em jogo – difuso ou coletivo – não alcançando, portanto, situações concretas, quer sob o ângulo objetivo, quer subjetivo, notadas além das fronteiras fixadoras do juízo. **Por isso, tenho a mudança da redação como pedagógica, a revelar o surgimento de efeitos erga omnes na área de atuação do Juízo e, portanto, o respeito à competência de geográfica delimitada pelas lei de regência. Isso não implica esvaziamento da ação civil pública** nem tampouco, ingerência indevida do Poder Executivo no Judiciário. Indefiro a liminar. (STF – ADIn 1.576-1, Rel. Min. Marco Aurélio. p. 14) (grifo nosso)

Assim, com esse entendimento e com o apoio da maioria dos votos do STF, em Abril de 1997, a liminar não foi concedida para suspender a eficácia do artigo 3º da Medida Provisória nº 1.570/97, mantendo-se a convicção de que sua matéria era compatível com o sistema de tutelas coletivas brasileiro. Ainda, explica Lenza (2008), que essa ADIn em julho de 1997 “foi julgada prejudicada por falta de aditamento, decorrendo o prazo, sem interposição de recurso em 13.08.1997”, ou seja, nada mais foi decidido em sede dessa ADIn. E, sendo assim, deu-se margem, por todos esses anos, à aplicabilidade da referida norma que, desde 1997, ao ser considerada constitucional, restringiu direitos e exigiu uma organização maior da sociedade para ver seus direitos coletivos protegidos.

4.3 ANÁLISE DE CASO

Parte-se agora para a análise de um caso concreto em que se pode observar qual o entendimento dos tribunais em relação a aplicabilidade ou não da norma do artigo 16, da LACP.

Trata-se de um cumprimento de sentença da ação civil pública nº 38.765 de 1998, do Estado do Paraná, da 1ª Vara da Fazenda Pública de Curitiba, para proteção de direitos individuais homogêneos, e visava a cobrança de expurgos inflacionários em cadernetas de poupança em razão dos planos econômicos, entre junho de 1987 e janeiro de 1989. Referida ação civil pública foi ajuizada pela Associação Paranaense de Defesa do Consumidor – APADECO em face do Banco do Estado do Paraná - BANESTADO S/A, sendo julgada procedente, autorizando que poupadores do Estado do Paraná se restituíssem de tais valores. Seu trânsito em julgado se deu em 03 de setembro de 2002, a partir de quando os interessados poderiam se habilitar, individualmente – desde que comprovado o nexo de causalidade-, para o cumprimento de sentença para, enfim, terem direito a sua indenização em razão desse dano causado aos poupadores no final da década de 80. Desta forma, pelo fato de versar a ação sobre direitos individuais homogêneos, a sentença dada foi de cunho genérico, a fim de que todos os possíveis prejudicados pudessem se valer dessa sentença para reaver os valores devidos pelo banco.

Em face dessa decisão, o poupador Deonísio Rovina, da cidade de Londrina, no Paraná, com o intuito de ver também seus prejuízos ressarcidos, se valeu da referida sentença e se habilitou em um cumprimento de sentença, em 12 de fevereiro de 2009. Este cumprimento de sentença de nº 256/2009, tinha o objetivo, então, de cobrar os expurgos inflacionários de sua caderneta de poupança em razão dos planos econômicos, no período

acima referido. O executado, então, em impugnação à execução dentre outros fatores, alegou ser aquele juízo incompetente para referido cumprimento de sentença, devendo assim, ser extinta a execução. O juiz de primeiro grau, entretanto, rejeitou a impugnação do Banestado, e deu prosseguimento ao feito. Dentre os fundamentos dados pelo juiz para a rejeição da impugnação, está o entendimento de que a causa versa sobre direitos do consumidor, sendo que o CDC preza por sua proteção, e, ainda, estabelece como regra a competência do domicílio do consumidor para o processamento desse tipo de causa, conforme o disposto no artigo 101, I, do CDC. Em sua motivação, o juiz também cita a regra do artigo 98, §2º, I, do CDC, que versa sobre o juiz competente para ação de execução de sentença, além do artigo 6º, VII e VIII, que versam sobre os direitos básicos de consumidor, como a facilitação da defesa de seus direitos. Segue trecho da decisão proferida pelo juiz:

O executado impugnou a execução alegando, em síntese, incompetência absoluta do juízo, ilegitimidade passiva, ilegitimidade ativa, alcance pessoal do título executivo, inexigibilidade do título, e excesso de execução pela incidência de juros de mora. Requereu o reconhecimento das questões alegadas e extinção da execução. A execução tem como título embasador sentença judicial transitada em julgado, proferida em ação civil pública movida em defesa de interesses consumeristas, razão pela qual devem ser aplicadas as regras processuais contidas no CDC em detrimento às dispostas no CPC. É pacífico o entendimento de que o juízo competente para processar e julgar a ação decorrente de relação de consumo é o do domicílio do consumidor, tendo em vista que o CDC zela pela facilitação de sua defesa. Assim, o art. 98, §2º, I, deve ser interpretado conjuntamente com os arts. 6º, VII e VIII, e 101, I, razão pela qual, diante da faculdade a mim atribuída pelo art. 310 do CPC, rejeito a alegação de presente incompetência absoluta. Todas as verbas pleiteadas na execução foram apreciadas em sentença transitada em julgado. Além do que, as verbas executadas estão amparadas na ação coletiva promovida pela APADECO, e sua validade foi reconhecida pela sentença. A correção monetária, os juros de mora, e a multa imposta possuem previsão legal que legitimam sua aplicação pelo cálculo judicial que, por sua vez, está em consonância com a sentença prolatada. Diante do exposto, rejeito a impugnação à execução, e determino o prosseguimento do feito.

Contra essa decisão, o BANESTADO interpôs Agravo de Instrumento, alegando preliminarmente entre outras razões, a “[...] ilegitimidade ativa dos agravados em ajuizar o presente Cumprimento de Sentença, eis que não possuem residência nem conta-poupança na **Comarca de Curitiba**, onde foi prolatada a sentença exequênda”. É possível notar, então, que o argumento exarado pelo banco agravante se baseia, basicamente, em afirmar que o agravado não possui residência, nem conta poupança na comarca onde foi proferida a sentença da ação civil pública, uma vez que esta se deu em Curitiba, e este possui residência e conta poupança na cidade de Londrina. Entretanto, com esse argumento não concordou a Desembargadora Lélia Samardã Giacomel, cuja decisão monocrática foi no sentido de negar seu provimento. Dentre seus argumentos, a excelentíssima abordou, então, a extensão da coisa julgada da ação civil pública ajuizada pela APADECO, na cidade de Curitiba, e, portanto, afastou a objeção do BANESTADO de que sua extensão se daria apenas para o território desta cidade. No seu

julgado, ainda, a desembargadora trouxe a ideia da extensão *erga omnes* da coisa julgada para os direitos individuais homogêneos, sendo este, também, uma das motivações que a levou negar provimento ao agravo de instrumento do BANESTADO. Extrai-se de seu julgado as seguintes partes que fundamentaram tal posição:

No entanto, tais argumentos não merecem amparo, isto porque, é pacífico o entendimento de que os efeitos da coisa julgada, em casos de sentença de Ação Civil Pública, se opera “*erga omnes*”.

Portanto, no presente caso, os efeitos da coisa julgada se estendem a todos os que possuem conta-poupança junto à referida instituição financeira no Estado do Paraná, na época de junho de 1987 e janeiro de 1989, e, não somente aqueles “poupadores” residentes na Comarca de Curitiba [...]

No mesmo sentido, a alegação de incompetência territorial, também não oferece condições de êxito.

A sentença exequenda possui característica consumeirista, conseqüentemente, aplicam-se os ditames do Código de Defesa do Consumidor; assim, o foro competente para propor a execução pode ser tanto o local onde foi prolatada a sentença da ação principal, como local de residência do consumidor.

Embasando sua decisão, também estava a citação do Agravo Regimental no Recurso especial nº 653.510/PR, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, da terceira turma do STJ, que no mesmo sentido que a desembargadora decidiu pela extensão da coisa julgada da referida Ação Civil Pública para todos os poupadores do Estado do Paraná. Interessante, ainda, frisar, que a meritíssima Desembargadora fundamentou sua decisão, inclusive no artigo 16, da LACP, por conta deste mencionar os efeitos *erga omnes* das ações coletivas.

Irresignado com tal resultado, o BANESTADO S/A, agravou contra a decisão monocrática, a fim de levar seu recurso para julgamento em decisão colegiada. Este Agravo de regimental de nº 675.189-9/1, entretanto, no mesmo sentido da decisão monocrática não teve provimento. Extrai-se do acórdão, o pedido do agravante em relação a competência para execução de sentença:

O agravante alega que: a) o ajuizamento da execução é indevido, vez que a sentença exequenda foi prolatada em Curitiba e o agravado reside em comarca diversa de onde possuía conta de poupança, sendo, pois, manifesta a ilegitimidade deste para ajuizar a execução [...].

Com quase os mesmos argumentos então já exarados por parte do juiz de 1º grau, e por parte da desembargadora em decisão monocrática, o referido acórdão apoiou-se nos artigos 98, §2º, inc. I, do CDC, e 6º, VIII, do mesmo diploma, além do próprio artigo 16, da LACP, para rejeitar o agravo do banco. Consequente, também afastou-se a aplicabilidade dos artigos 575, inciso II e 589, ambos do Código de Processo Civil, que versam sobre a regra geral de competência para processar execuções fundadas em títulos judiciais, demonstrando, portanto, que este não é o caso desta regra geral, estabelecida para vigorar para as ações de cumprimento de sentença comuns. Há, por fim, outro argumento utilizado pelo Tribunal de

Justiça do Estado do Paraná. Este se serviu, também, do artigo 103, inciso III, do CDC, que versa sobre a extensão da coisa julgada para os direitos individuais homogêneos, para negar o provimento do agravo regimental. Lembra-se que esse artigo não foi atingido pela alteração dada pela lei 9.494/97, e é o que se mantém intacto em sua redação original. E ainda, para respaldar a decisões, utilizam-se os desembargadores, da ementa do julgamento do Recurso Especial nº 651.037/PR, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, da terceira turma do STJ, que, no mesmo sentido das fundamentações já proferidas, entendeu que a sentença da ação civil pública deverá ter seus efeitos para todo o Estado do Paraná.

Do acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná, extraem-se as seguintes motivações:

Os sistemas do Código de Defesa do Consumidor, da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Processo Civil não deixam dúvidas sobre a manifesta improcedência do presente recurso. O local do domicílio do poupador, situado no âmbito do Estado da Federação em que foi julgada a ação civil pública, que condenou o agravante à reposição de diferenças relativas à correção monetária, indica o foro próprio para a execução da respectiva sentença, nos termos do art. 98, § 2º, inc. I, do CDC. Além disso, a legitimidade para propor referida execução é de qualquer poupador no Estado do Paraná, nos termos do art. 103, inc. III, do CDC. [...]

Não procedem os argumentos relativos aos limites e ao alcance do título derivado do processo de conhecimento, tanto no que concerne à parte exequente, quanto ao âmbito do território em que produz efeitos.

Ainda inconformado com a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, o BANESTADO S/A recorreu ao Superior Tribunal de Justiça – STJ, para tentar converter a decisão já proferida contra a restrição da coisa julgada somente ao âmbito da cidade de Curitiba.

Em sede de recurso especial, o caso foi decidido em Corte Especial, pelo Ministro Relator Luis Felipe Salomão, e pelos Ministros Raul Araújo Filho, Maria Isabel Gallotti Marco Buzzi, Felix Fischer, Gilson Dipp, Nancy Andrighi, Laurita Vaz, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Humberto Martins e Maria Thereza de Assis Moura, que, por maioria dos votos decidiram por não dar provimento ao recurso.

No recurso especial, o BANESTADO “[...] sustenta, além de dissídio, ofensa ao art. 16 da Lei n. 7.347/85, alterado pela Lei n. 9.494/97 e arts. 575 e 589 do CPC, relativamente à tese recursal do alcance territorial e pessoal dos efeitos da coisa julgada formada em ação civil pública.” E as teses apresentadas pelo banco recorrente, mais uma vez, se voltaram em torno da questão do foro competente para execução de sentença proferida em ação civil pública, alegando que o cumprimento deve ser feito no juízo prolator da sentença (ou seja, para esse caso, seria na comarca de Curitiba); e também em torno do limite subjetivo da coisa julgada da ação civil pública.

O relator, então, em seu voto, primeiramente fundamenta que caso as execuções individuais das ações coletivas tivessem que ser ajuizadas todas na mesma comarca em que a sentença da ação civil pública foi proferida, considerando que essas ações “comportam, por vezes, milhares de consumidores prejudicados”, tornaria inviável o trabalho desse foro, que haveria de suportar, sozinho, inúmeras ações individuais acerca dessa mesma causa. Essa, certamente, é mais uma justificativa para aplicação do próprio domicílio do consumidor para ajuizamento da execução de sentença baseada em título judicial proveniente de ação civil pública.

Em relação a restrição estabelecida pelo artigo 16 da LACP, o ministro relator complementa: “Tal interpretação, uma vez mais, esvazia a utilidade prática da ação coletiva, mesmo porque, cuidando-se de dano de escala nacional ou regional, a ação somente pode ser proposta na capital dos Estados ou no Distrito Federal (art. 93, inciso II, CDC).” Assim, o ministro relator esclarece que o dispositivo 16 da LACP, na verdade confunde os conceitos de competência e coisa julgada, o que leva a equívocos na sua aplicação e interpretação, fazendo com que, de fato, a coisa julgada seja restringida em razão da competência do órgão prolator da sentença. Assim, do voto do relator, colhe-se a seguinte explicação:

A bem da verdade, o art. 16 da LACP baralha conceitos heterogêneos - como coisa julgada e competência territorial - e induz a interpretação, para os mais apressados, no sentido de que os "efeitos" ou a "eficácia" da sentença podem ser limitados territorialmente, quando se sabe, a mais não poder, que coisa julgada - a despeito da atecnia do art. 467 do CPC - não é "efeito" ou "eficácia" da sentença, mas qualidade que a ela se agrega de modo a torná-la "imutável e indiscutível". É certo também que a competência territorial limita o exercício da jurisdição e não os efeitos ou a eficácia da sentença, os quais, como é de conhecimento comum, correlacionam-se com os "limites da lide e das questões decididas" (art. 468, CPC) e com as que o poderiam ter sido (art. 474, CPC) - *tantum judicatum, quantum disputatum vel disputari debebat*. A apontada limitação territorial dos efeitos da sentença não ocorre nem no processo singular, e também, como mais razão, não pode ocorrer no processo coletivo, sob pena de desnaturação desse salutar mecanismo de solução plural das lides. [...]

A questão principal, portanto, é de alcance objetivo ("o que" se decidiu) e subjetivo (em relação "a quem" se decidiu), mas não de competência territorial. Pode-se afirmar, com propriedade, que determinada sentença atinge ou não esses ou aqueles sujeitos (alcance subjetivo), ou que atinge ou não essa ou aquela questão fático-jurídica (alcance objetivo), mas é errôneo cogitar-se de sentença cujos efeitos não são verificados, a depender do território analisado.

Nota-se, então, que sua fundamentação se coaduna com a moderna doutrina, entendendo pela não aplicação do art. 16 da LACP, e pela sua consequente não restrição dos limites da coisa julgada em razão da competência do órgão prolator. Conforme é possível observar de sua explicação, o ministro relator Luis Felipe Salomão, faz a distinção entre competência, que nada mais é do que limitação do exercício da jurisdição, e coisa julgada, que se limita em razão da lide e das questões ali discutidas, atingindo em razão de seu pedido,

aquele ou aqueles sujeitos, não se relacionando, portanto, com a extensão territorial da competência do órgão prolator. Frisa também o ministro que a limitação da coisa julgada pela da competência não acontece nem nos processos individuais, muito menos razão teria, então, de se limitar nos processos coletivos.

Entretanto, conforme menciona o ministro relator, essa decisão do STJ foi reformadora. Isso porque, em junho de 2006, nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 293.407/SP, a Corte Especial deste Tribunal havia decidido que a coisa julgada nas ações coletivas deveria respeitar os limites territoriais do órgão prolator, nos termos do artigo 16, da LACP. Assim, após esse julgamento de 2006, muitas ações coletivas tiveram sua coisa julgada restrita a essa limitação imposta pelo referido artigo. O ministro explica:

A antiga jurisprudência do STJ, segundo a qual "a eficácia erga omnes circunscreve-se aos limites da jurisdição do tribunal competente para julgar o recurso ordinário" (REsp 293.407/SP, Quarta Turma, confirmado nos EREsp. n. 293.407/SP, Corte Especial), em hora mais que ansiada pela sociedade e pela comunidade jurídica, deve ser revista para atender ao real e legítimo propósito das ações coletivas, que é viabilizar um comando judicial célere e uniforme - em atenção à extensão do interesse metaindividual objetivado na lide.

Caso contrário, "esse diferenciado regime processual não se justificaria, nem seria eficaz, e o citado interesse acabaria privado de tutela judicial *em sua dimensão coletiva* , reconvertido e pulverizado em multifárias demandas individuais" (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op. cit.* p. 325), "*atomizando* " as lides na contramão do moderno processo de "*molecularização* " das demandas.

Assim, como é possível de perceber, esse posicionamento no sentido de não restringir-se a coisa julgada conforme a competência do órgão prolator é bem recente, uma vez que, antes desse julgamento do RESP 1.243.887, o entendimento predominante do STJ era pela aplicabilidade do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública. Desta forma, observa-se que, acolhendo o que a doutrina majoritária vinha defendendo, o STJ em 2011 julgou o referido recurso de modo diferenciado, revisando seu entendimento anteriormente adotado, aduzindo, ainda, que defendendo o contrário, o regime diferenciado da coisa julgada na ação civil pública não se justificaria.

O relator, então, partindo dessa análise, acolhe também posicionamento de que, para se estabelecer o regime da coisa julgada nos direitos coletivos, deve-se levar em conta o que dispõe o CDC nos artigos 93 e 103, que falam, respectivamente, acerca da competência e da extensão da coisa julgada para cada tipo de direito coletivo. E no final conclui:

Portanto, se o dano é de escala local, regional ou nacional, o juízo competente para proferir sentença, certamente, sob pena de ser inócuo o provimento, lançará mão de comando capaz de recompor ou indenizar os danos local, regional ou nacionalmente, levados em consideração, para tanto, os beneficiários do comando, independentemente de limitação territorial

Ademais, em seu julgado, o relator não se limita a esclarecer os fundamentos da não aplicabilidade da coisa julgada para as ações coletivas que versem sobre direitos individuais homogêneos. Ele vai mais além, sanando todas as dúvidas acerca de qual seria o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça dali para frente. Nesse sentido, então, ele lembra que, muitos julgados, para afastar a aplicação do artigo 16 da LACP nos casos de direitos individuais homogêneos, fundamentavam que referida norma somente seria aplicável aos direitos transindividuais, ou seja, para os coletivos *strictu sensu* e para os difusos. Mas, ele explica que, na verdade, nem para os direitos transindividuais esse dispositivo seria aplicável, porquanto, tratam-se de direitos indivisíveis e, portanto, impossível sua limitação em razão da competência do órgão prolator da sentença. Reforçar-se, neste momento, que esse argumento utilizado pelo ministro Luis Felipe Salomão, é o mesmo já exarado pela doutrina, e demonstrado aqui neste trabalho no item anterior.

Finalmente, embora haja doutrina e precedentes que, para contornar o art. 16 da LACP, aduzam que o dispositivo somente possui operância quando se tratar de direitos difusos ou coletivos em sentido estrito, sendo inaplicável a direitos individuais homogêneos, o fato é que - para os direitos difusos e coletivos em sentido estrito - é que está a maior dificuldade de aplicação da norma, porquanto supõem, por definição, titulares indeterminados ou indetermináveis, ligados por circunstâncias de fato, sendo imprópria a cisão dos efeitos da sentença em razão de alegada limitação territorial que sua apesar de ter julgados que, para afastar a aplicação do artigo 16 da LACP nos casos de direitos

Assim, segundo esse entendimento, então, os efeitos da sentença proferida na ação civil pública promovida pela APADECO terá efeitos *erga omnes*, no sentido de que qualquer poupador do Estado do Paraná que se encontre na situação defendida pela ação civil pública, independentemente da competência do órgão prolator da decisão, poderá se valer dessa sentença para promover sua execução.

Essa decisão, portanto, foi um marco na história da ação civil pública, uma vez que reformulou um posicionamento pacífico do STJ, que restringia a coisa julgada na ação civil pública. Votaram com o Ministro Relator os ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Nancy Andrichi, Laurita Vaz, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Humberto Martins e Maria Thereza de Assis Moura.

Do voto do ministro Teori Albino Zavascki, ainda, é possível extrair a explicação acerca da fundamentação feita no acórdão recorrido, quando houve uma confusão entre os conceitos de limitação da eficácia subjetiva da sentença proferida na ação coletiva e a competência do foro. Assim, ele explica:

Registre-se, quanto aos dois primeiros temas, que houve certa confusão do acórdão recorrido (fls. 141/156) que, ao tratar da extensão da eficácia subjetiva da sentença (para efeito de definir se ela beneficiou todos os poupadores do Estado do Paraná ou

exclusivamente os de Curitiba), invocou, além de fundamentos próprios desse tema da eficácia subjetiva, também fundamentos, mormente a respeito do foro competente para a ação de "liquidação e execução", de que trata o art. 98, § 2º, I da Lei 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor. Todavia, essas são questões distintas e inconfundíveis: a definição da eficácia subjetiva tem por consequência a afirmação ou não da existência de título executivo em favor do poupador exeqüente, acarretando, portanto, em caso negativo, a ilegitimidade ativa e a extinção do processo de execução; já a definição sobre competência de foro acarreta, na pior das hipóteses, apenas a remessa dos autos ao juiz competente. Tratam-se, portanto, de questões distintas, tendo sido corretamente enfrentadas e julgadas de modo distinto pela sentença de primeiro grau (fls. 85-86).

Depois dessa observação, entre a confusão de conceitos estabelecida, inclusive, pelo acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Teori Albino Zavascki, faz outra observação, além das já mencionadas pelo relator. Para o ministro Zavascki, os limites do julgado da ação civil pública foi estabelecida pela própria sentença, uma vez que esta, expressamente, menciona que o banco deverá pagar "[...] aos poupadores do Estado do Paraná, [...] valor da diferença apurada entre o que foi efetivamente creditado em suas contas nos meses referidos com o que deveria ter sido pago de acordo com o IPC apurado no período-em junho/87 e 42,72% em janeiro/89-[...]". Assim, exatamente nesses termos, ao determinar que a cobrança poderia ser feita por qualquer poupador do Estado do Paraná, a própria sentença da ação civil pública proposta pela APADECO, fixa o limite daquela sentença para todo esse Estado. Outro argumento utilizado pelo ministro Teori Zavascki, é que, essa sentença que estabelece sua eficácia para todo o Estado do Paraná, já transitou em julgado, e que em sede de cumprimento de sentença seria impossível mudar a dimensão já dada pela sentença transitada em julgada. Assim, pela execução de sentença seria desarrazoado discutir se o limite dessa sentença se restringe a cidade de Curitiba, já que a própria sentença diz que não, ou seja, que ela abrangerá todo o Estado do Paraná. Desta forma, seria inviável, também, por isso, restringir a sentença somente à cidade de Curitiba (onde foi proferida a sentença), sendo importuna, portanto, qualquer discussão em relação a essa limitação. Nesse sentido, extrai-se de seu voto:

Sendo assim, *tollitur quaestio*: havendo atestado jurisdicional, com transito em julgado, no sentido de que a sentença proferida na ação civil pública, proposta pela Associação Paranaense de Defesa do Consumidor - APADECO, tem eficácia subjetiva em relação a todos os poupadores em cadernetas de poupança do Estado do Paraná, é absolutamente impertinente, em fase de liquidação e execução, qualquer novo questionamento a respeito, por mais injusta que possa ter sido aquela decisão e por mais valiosos que possam ser os fundamentos jurídicos a ela contrários. Referida sentença deve ser mantida pela superior e suficiente razão de que, tendo transitado em julgado, se tornou "*imutável e indiscutível*" (CPC, art. 467).

Assim, de acordo pela negação de provimento ao recurso especial interposto pelo BANESTADO S/A, o ministro Teori Albino Zavascki faz essa ponderação, reforçando a fundamentação já exposta pelo relator.

Entretanto, contra esse posicionamento, votaram os Ministros Raul Araújo Filho, Maria Isabel Gallotti e Marco Buzzi, que foram votos vencidos.

Do voto da ministra Maria Isabel Gallotti, ainda, é possível extrair os seguintes argumentos, que contrariam o entendimento majoritário da Corte Especial: a princípio, considerando que a sentença coletiva em muito abstrata, porquanto genérica, sem definir nomes dos beneficiários e quantia do que cada um, individualmente deveria perceber, é visível que será necessário uma fase cognitiva importante no próprio cumprimento de sentença, para que essas questões sejam determinadas. Assim, teme a ministra que a escolha aleatória pelo consumidor do juízo liquidante “[...] enseja a possibilidade de interpretações completamente diferentes do comando da sentença coletiva.” E, ainda, considerando, que “[...] não cabe recurso especial por violação de sentença e nem por divergência jurisprudencial a respeito de interpretação de sentença coletiva [...]”, não teriam as partes, diante de interpretações divergentes acerca da mesma questão, que envolveria a execução da mesma sentença, a possibilidade de recorrer a “[...] um Tribunal uniformizador de interpretação de sentença coletiva [...]” isso porque o STJ é apenas uniformizador da interpretação da lei federal. Assim, por fim, ela explica como para ela se daria o regime dos cumprimentos de sentença de ação coletiva:

Penso que a circunstância de o consumidor poder ajuizar uma ação de conhecimento no local do seu domicílio é uma vantagem. Ele pode ajuizar uma ação de conhecimento no local do seu domicílio, que vai ser objeto de uma sentença e de um recurso de apelação, todos eles decididos com base na lei aplicável e, se for lei federal e houver possibilidade de violação à lei federal, haverá possibilidade de uniformização no STJ, da interpretação da lei federal. Mas, mais difícil seria, em tese, o acesso ao STJ para uniformizar interpretações diversas da mesma sentença coletiva, de modo que se poderia, em tese, haver uma sentença coletiva sujeita a interpretações quanto ao próprio bem da vida definido nela, diferentes, em vários Tribunais de Justiça.

Assim, preocupada com a uniformização da interpretação da sentença proferida em ação civil pública, a ministra Maria Isabel Gallotti, diverge do voto do relator, no sentido de se restringir os limites da sentença da ação civil pública.

Entretanto, como já foi anteriormente mencionado, esse voto foi minoritário no julgado do RESP 1.243.887, do Banestado S/A em que era recorrido Deonísio Rovina. Neste sentido, então, desde 2011 vem o STJ entendendo pela não restrição da coisa julgada coletiva em razão da competência do órgão prolator da sentença da ação civil pública. Frisa-se mais uma vez, entretanto, que esse posicionamento é recente e que, por causa do entendimento

antigo, muitos casos de direitos coletivos tiveram sua coisa julgada restrita por conta da vigência do artigo 16 da LACP, que assim dispõe. Contudo, diante desta nova compreensão do referido dispositivo, espera-se que, daqui por diante não mais venha a ocorrer essa restrição, que nada mais significa do que reduzir o acesso à justiça, tão proclamado como norma constitucional em nosso país.

4.4 ANÁLISE CRÍTICA

A história das tutelas coletivas, com origens no direito romano, na idade média, e, mais recentemente nas *class actions* estadunidenses revelam a real intenção na constituição de tal instrumento. Sua estrutura jurídica e motivação social, no direito romano e na idade média, eram diferentes das estruturas e motivações das *class actions*, que, mais próximo do sistema coletivo atual, surgiram muito tempo depois, e em contexto social e econômico que suplicaram por um novo tipo de tutela que permitisse maior força e organização contra as grandes potências financeiras e políticas da época. Para os abusos feitos por esses grandes conglomerados econômicos, foi criada a *class actions* nos Estados Unidos, que permitiu uma proteção maior à população, que estava vulnerável diante do poder dessas empresas.

Incontestável a influência que esse sistema estadunidense exerceu na maior parte dos ordenamentos jurídicos, tanto de origem romano-germânica, quanto do sistema da *common law*. É evidente, entretanto, que cada sistema não poderia assumir o sistema dos Estados Unidos integralmente, porquanto, cada país tem uma realidade social e jurídica diferente, sendo necessária a sua adaptação conforme as peculiaridades de cada um, para, enfim, tornar viável sua utilização por sua sociedade. No Brasil, inevitavelmente, a recepção das *class actions* não poderia ser diferente, e, fazendo as modificações indispensáveis, se inaugurou a ideia da tutela coletiva brasileira criando-se a Lei da Ação Popular, e, posteriormente, a Lei da Ação Civil Pública, a Constituição e o Código de Defesa do Consumidor.

Aos poucos, então, foi introduzido esse novo conceito de proteção da coletividade, e, inesperadamente, com a criação de todos os diplomas que formaram o microssistema coletivo, a legislação brasileira se tornou uma das mais evoluídas sobre a matéria, servindo de exemplo à outros ordenamentos jurídicos. O que se viu, entretanto, é que houveram forças externas que tentaram impedir esse avanço aqui no Brasil. Ora, a Ação civil Pública se mostrou um instrumento de efetivo de mudança da realidade social, o que fez com que aqueles que temiam sua eficácia fizessem investidas contra ela, afim de retirar-lhe sua

força. Um dos exemplos dessas investidas foi tratado aqui neste trabalho e demonstrou que o Poder Executivo era um dos que estavam atentos para os resultados que as ações coletivas estavam causando na sociedade brasileira. E foi com a edição de Medidas Provisórias, que não atendiam aos requisitos de constituição, que o Poder executivo, contra esse movimento positivo de evolução do direito coletivo brasileiro, atacou a Lei de Ação Civil Pública. Nesse sentido, se manifesta Grinover (2012, p. 1):

Única nota dissonante, nesse cenário, é a atitude do governo, que tem utilizado Medidas Provisórias para inverter a situação, com investidas contra a Ação Civil Pública, tentando diminuir sua eficácia, limitar o acesso à justiça, frustrar o momento associativo, reduzir o papel do Poder Judiciário. O Legislativo, complacente ou desatento, não tem sabido resistir aos ataques, secundando a ação do Governo.

Assim, foi dessa forma, que durante a década de noventa e início do século XXI, que se posicionou o Governo frente as ações coletivas que tanto auxiliam o cidadão na busca de seus direitos.

Recorda-se, entretanto, que a Carta Magna brasileira dispõe em seu artigo 1º, o Estado Democrático de Direito brasileiro, o que, antes de mais nada, significa que existem princípios basilares que orientam a sociedade brasileira. Certamente, são esses os princípios que devem ser levados em conta na aplicação e interpretação das normas brasileiras, a fim de chegar-se cada vez mais perto da proposta feita pela Constituição de 1988. Nesse sentido, e sobre os princípios que regem o Estado da República Federativa do Brasil, Paulo de Tarso Brandão (2001, p. 36 e 37)

Em primeiro lugar, fica evidente o compromisso que o Estado brasileiro assume com a função social. Em seu art. 1º a Constituição Federal afirma que a República Federativa do Brasil tem como fundamentos: a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo jurídico, além da soberania. Logo a seguir, em seu artigo 3º o mesmo documento constitucional diz que constituem objetivos fundamentais da República Federativa construir uma Sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais, além de promover o bem de todos. [...] Como reforço da promessa feita ao indicar seus fundamentos e objetivos, o Estado brasileiro fixou, no artigo 193 de sua Constituição, como disposição geral da ordem social, que esta tem “como objetivo o bem-estar e a justiça social.

Além destes princípios abordados pelo autor, tem-se também, compondo os fundamentos constitucionais, outro grande princípio que é o do acesso à justiça. Este, previsto no inciso XXXV, do artigo 5º, é outro primado estabelecido na Constituição e que também deve ser buscado como forma de se realizar a justiça social. Desta forma, são esses os princípios balizadores do Estado Democrático brasileiro, e é com base nessas premissas que devem seguir as orientações políticas, sejam elas vindas do Poder Legislativo, do Poder Executivo ou do Poder Judiciário, sem desviar-se desse foco, seja a razão que for.

Assim, como foi visto as ações coletivas defendem direitos que transcendem os interesses individuais e, até mesmo, público, - já que muitas vezes o que é interesse do Estado (ou governo) não é interesse da coletividade-, e, por isso, deve ter um tratamento especial em torno de seu tema. Portanto, não é a toa que os direitos coletivos *lato sensu* tem um regime especial para a coisa julgada, se afastando dos conceitos tradicionais adotados em relação a coisa julgada de direitos individuais. Estes pressupõem um direito próprio, o qual poderá ser invocado pelo particular, quando a ele for conveniente. Logo, a coisa julgada individual não poderia gerar outro resultado, senão a vinculação do julgado somente entre as partes que dele participaram, já que envolve interesses privados e diretamente relacionados aos integrantes da demanda. Por outro lado, os direitos coletivos não. Estes têm fundamentos e pressupostos completamente diferentes dos aplicáveis aos direitos individuais, e não é possível confundir seus institutos e garantias, porquanto sua motivação é totalmente diversa. E, onde houve e se houver a confusão, pode-se ter segurança de que, em algum dos lados, seja do individual ou do coletivo, o direito restará em partes, comprometido.

O direito coletivo, então, como instrumento potencializador da efetivação do Estado Democrático de Direito e ainda como potencializador da transformação da realidade social, deve ter, portanto, o fulcro de proteger o maior número de pessoas possíveis, para que seja efetiva a transformação a que ele se pressupõe. Desta feita, é pelo processo coletivo que “[...] o Poder Judiciário poderá resolver um grande conflito social ou uma gama enorme de conflitos interindividuais que podem receber a tutela jurisdicional coletiva” (ALMEIDA, 2003, p. 147), e é justamente essa a intenção que se tem quando se fala em processo coletivo: a resolução de conflitos de maneira molecular, para uma sociedade que vive a realidade da massificação das relações. Faz-se então o questionamento: como fazer com que em apenas uma demanda, inúmeras e incontáveis pessoas sejam beneficiadas pelo resultado? E, para essa pergunta somente uma resposta seria possível: isso apenas será viável se houver alteração no regime da coisa julgada, fazendo com que esta atinge inclusive a pessoas que do processo não participaram. Assim, diferentemente das tutelas individuais que protegem aos que do feito não fizeram parte, é pressuposto do processo coletivo que este atinja aos não partícipes, caso contrário, sua lógica se esvai.

É dentro desse contexto, então, que se inserem as investidas do Poder Executivo, que não se resumiram a atingir o regime da coisa julgada em si, mas também dificultar o acesso à justiça e a consequente incoerência com os fundamentos constitucionais. Importante ressaltar, também, que, nesta senda se inclui o Poder Legislativo, que converteu algumas Medidas Provisórias em lei – como a Medida Provisória 1.580, convertida na Lei 9.494/97 -, e

o Poder Judiciário, que pelo STF fundamentou em liminar que seria plausível, por exemplo a aplicação do artigo 16 às ações civis públicas, e pelo STJ por ter passado algum tempo condescendente com essa ideia, aplicando o referido dispositivo como razão de decidir em seus acórdãos. Nesse sentido, criticando o legislador, se manifestam Didier Jr. e Zaneti Jr. (2011, p. 151-152):

O legislador infraconstitucional não poderia autorizar uma prática que feriria o princípio da igualdade, pois pessoas na mesma situação poderiam receber, do Poder Judiciário, solução diferente. Uns ganhariam, outros não. A lógica das demandas coletivas está exatamente na tutela molecular (única) de uma pluralidade de direitos semelhantes. Exigir-se o fracionamento da questão coletiva, com o evidente risco de decisões contraditórias, é, sem dúvida, violar o bom senso e o princípio da igualdade.

Assim, por óbvio que a intenção com a edição da Medida Provisória, e com sua consequente conversão em lei, não era a de promover uma justiça maior entre os cidadãos, nem tentar efetivar os princípios democráticos estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Da mesma forma, não tinha essa disciplina legal o cunho de facilitar o acesso à justiça, garantindo uma prestação jurisdicional efetiva e eficaz aqueles que dela venham usufruir. Deste modo, ainda que o Poder executivo atentasse contra esses princípios na edição de uma Medida Provisória, tinham os demais poderes o dever de afastá-la, cumprindo sua função, na preservação dos fundamentos a que se instituiu o ordenamento jurídico nacional.

O artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública, portanto é inconstitucional, e não deveria ter sido inserido como regra e jamais deveria ter sido aplicado aos casos práticos. E essa inaplicabilidade se dá, por ser sua disposição incompatível com o sistema de tutelas coletivas montado no Brasil, além revelar em sua redação uma atecnia do legislador que não soube distinguir limites subjetivos da coisa julgada com competência jurisdicional. Grinover, Nery Junior e Watanabe (2011, p. 193), resumidamente, então, dão suas razões pela não aplicação dessa norma:

Em conclusão: a) o art. 16 da LACP não se aplica à coisa julgada nas ações coletivas em defesa de interesses individuais homogêneos; b) aplica-se à coisa julgada nas ações em defesa de interesses difusos e coletivos, mas o acréscimo introduzido pela medida provisória é inoperante, porquanto é a própria lei especial que amplia os limites da competência territorial, nos processos coletivos, ao âmbito nacional ou regional; c) de qualquer modo, o que determina o âmbito de abrangência da coisa julgada é o pedido, e não a competência. Esta nada mais é do que uma relação de adequação entre o processo e o juiz. Sendo o pedido amplo (*erga omnes*), o juiz competente o será para julgar a respeito de todo o objeto do processo; d) em consequência, a nova redação do dispositivo é totalmente ineficaz.

Desta forma, resta visivelmente inaplicável o artigo 16 ao regime de coisa julgada para qualquer tipo de direito coletivo, seja ele difuso, ou coletivo, ou ainda, individual

homogêneos. Viu-se, todavia, na prática, que este artigo chegou a ser aplicado nos casos concretos, e que, assim, houve um retrocesso para o processo coletivo, enquanto instrumento de transformação. Contudo, conforme explica Grinover (2012), ainda assim, pode-se dizer que o resultado, apesar de não ter sido melhor por conta desses ataques, foi regular, uma vez que houve uma quantidade considerável de demandas propostas e que hoje elas já integram normalmente o sistema jurídico brasileiro, integrando de forma satisfatória a prática forense. Nesse sentido, explica a autora:

Alguns anos após a introdução, no Brasil, da tutela jurisdicional dos interesses difusos e coletivos, passando pela linha evolutiva que levou ao reconhecimento dos direitos individuais homogêneos, o balanço seria francamente positivo, não fossem as investidas autoritárias do governo. Depois de alguma tergiversação e de certas idas e vindas, até previsíveis em face da natural dificuldade de apreender plenamente toda a complexidade das novas normas, pode se afirmar que os processos coletivos, apesar dos ataques, integram hoje a praxis judiciária. A notável quantidade de demandas e a adequada resposta jurisdicional iluminaram as novas técnicas processuais e demonstraram o empenho dos legitimados – primeiro dentre todos, o Ministério Público – a ampla gama das ações ajuizadas, o reconhecimento do corpo social. Pode se afirmar, por certo, que os processos coletivos transformaram no Brasil todo o processo civil, hoje aderente à realidade social e política subjacente e às controvérsias que constituem seu objeto, conduzindo-o pela via da eficácia e da efetividade. E que, por intermédio dos processos coletivos, a sociedade tem podido afirmar, de maneira mais articulada, seus direitos de cidadania.

Assim sendo, em que pese ter havido alguns retrocessos na história do desenvolvimento da tutela coletiva no Brasil, pode-se dizer que, ainda assim, a Ação Civil Pública conseguiu tomar posição de fundamental importância para a ampliação do acesso à justiça, além de efetivamente ser um instrumento de transformação social. Deve-se, no entanto, o poder judiciário, por meio de suas decisões, assumir o seu papel na concretização de um Estado Democrático de Direito brasileiro, e lutar contra os ataques que os outros poderes do Estado venham a fazer contra essa tutela, tão importante para a sociedade, que dela necessita para assegurar seus direitos. Felizmente, vê-se que hodiernamente o judiciário tem, por fim, tomado a posição de proteger as ações coletivas, ao menos em relação a não aplicabilidade do artigo 16 da LACP, o que faz com que os cidadãos fiquem mais protegidos em seus direitos, mantendo a lógica do sistema inicialmente proposto para as Ações Cíveis Públicas.

5 CONCLUSÃO

O início do primeiro capítulo, trouxe uma abordagem mais histórica mundial e nacional, e visou demonstrar a base cultural e social em que se formou a tutela coletiva, que, embasada em necessidades da sociedade moderna, trouxe um novo tipo de tutela para proteção dos direitos da sociedade. Outra perspectiva deste capítulo, visou demonstrar o desenvolvimento do Estado em paralelo à transformação da sociedade, e viu-se que este, acompanhando aquela, inovou com o conceito de Estado Democrático de Direito, que pretende ser um Estado de transformação social. Inclui-se nessa definição também a perspectiva do acesso à justiça, que na década de 60 influenciou o pensamento da doutrina jurídica, trazendo novas abordagens em relação a função do processo e do direito, como instrumentos de transformação da realidade social. Logo, se percebe o caminho histórico que o próprio processo percorreu, cujo desenvolvimento se voltou principalmente para um ideal democrático, cujo retrocesso é incabível.

Posteriormente, adentrou-se numa análise mais técnica acerca dos conceitos de direitos coletivos, visando demonstrar, também, qual a finalidade de terem sido criados. Cuidou-se, ainda, de demonstrar suas diferenças, muitas vezes de difícil identificação na prática, definindo-se cuidadosamente suas características. Neste momento, o intuito foi de demonstrar a lógica em que estão inseridos, para que, posteriormente, fosse possível se conectar com os regimes de coisa julgada, que cada um possuía. Viu-se necessário, ainda, conceituar a coisa julgada individual, principalmente para que fosse visível a sua falta de semelhança em relação a coisa julgada coletiva. A intenção foi de justificar o regime diferenciado da coisa julgada coletiva, que, sem ter essa peculiaridade, não teria razão de ser, ou seja, perderia a essência de todo o sistema coletivo, que justamente visou tratar os direitos coletivos de forma diferente dos direitos individuais. Ora, se uma ação coletiva tivesse os mesmos efeitos que uma ação individual, não se teria lógica ao se estabelecer um sistema de tutelas coletivas. E, enfim, foi este paralelo que se tentou traçar nesse capítulo, demonstrando que a coisa julgada é o núcleo das ações coletivas, cuja alteração influencia toda a dinâmica do universo dos direitos coletivos.

Por fim, então, tratou-se especificamente da Lei 9.494/97, que, justamente ao mudar a extensão da coisa julgada coletiva, abalou as estruturas do sistema e retrocedeu em termos históricos e sociais, ofendeu os princípios do Estado Democrático de Direito, instituído pela Constituição de 1988 e enfraqueceu a Ação Civil Pública, na tutela dos direitos difusos, coletivos *strictu sensu* e individuais homogêneos. Viu-se também que as razões

motivadoras de tal alteração não condiziam com o interesse social, vindo atender desejos políticos e privados, com o intuito de debilitar este instrumento tão importante para os cidadãos brasileiros. Ora, a questão é muito simples, se existem danos que são causados em massa (sem delimitação de qualquer tipo), porque é que não se pode ter um instrumento jurídico que possa combater esse dano na mesma proporção? Ou seja, porque não se pode ter um instrumento que consiga abranger o dano da mesma forma em que ele foi feito? Quer dizer que o dano pode ser feito ilimitadamente, mas sua recuperação (ou até sua prevenção) não? É certo que nessa perspectiva fica, no mínimo, desarrazoada a limitação pretendida pelo artigo 16 da LACP, além de, claro, afrontar todos os princípios que já foram falados anteriormente.

Ainda assim, com todas essas razões para não aplicabilidade da norma, os tribunais superiores deste país, por um tempo, se posicionaram ao contrário, entendendo ser o artigo “didático” e “explicativo” e, portanto, adequado para as ações civis públicas. É verdade que, no posicionamento abordado, o STJ mudou o entendimento pela não aplicação do dispositivo, entretanto, é certo que alguns reflexos nos tribunais regionais ou estaduais ainda são sentidos por conta do posicionamento antigo adotado por este tribunal.

É bem provável que, daqui para frente, a tendência será pela não restrição da coisa julgada, voltando-se para o estágio em que estávamos em relação a ACP antes da Lei 9.494/97, entretanto, até lá, muitos recursos terão que subir ao STJ para que este entendimento venha a ser, finalmente, pacificado.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. A natureza da ação civil pública como garantia constitucional fundamental: algumas diretrizes interpretativas. In: MILARÉ, Edis (Coord.). **A ação civil pública**: após 25 anos. São Paulo: 2010.

ALMEIDA, João Batista de. Considerações acerca de duas décadas de alterações da Lei n. 7.347/85. In Edis Milaré (Coord.). **A ação civil pública: após 25 anos**. São Paulo: 2010.

ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. **Da sentença e da coisa julgada**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ARAÚJO, Samuel Luiz. A coisa julgada no CPC e no CDC. **Revista Jurídica da Universidade de Franca**, Franca: Universidade de Franca v. 13, jul. 2004, p. 194-210.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo de Conhecimento**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. (Vol. 2).

BAZILONI, Nilton Luiz de Freitas. **A coisa julgada nas ações coletivas**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 7. ed. Bahia: JusPodivm, 2012. (Vol. 2).

BRANDÃO, Fabricio dos Reis. **Coisa julgada**. São Paulo: MP, 2005.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais**: novos direitos e acesso à justiça. Florianópolis: Habitus, 2001.

BRÜNING, Rafael; FERNANDEZ, Fernando Francisco Alfonso. Processo coletivo e a coisa julgada erga omnes nos limites da competência territorial do órgão prolator. **Revista da Academia Judicial**, ano 2, n.1, jul. 2011, p. 127-140.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 18. ed. rev. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008. (Vol. 1).

CAMBI, Eduardo. Coisa julgada e cognição secundum eventum probationis. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, v. 109. jan. 2003, p. 71-96.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido**: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Coisa julgada e execução no processo coletivo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, v. 784, fev. 2001. p. 68-82.

DIAS, Francisco Barros. Coisa julgada e execução no processo coletivo. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 78, abr. 1995, p. 50-63.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 6. ed. Bahia: JusPodivm, 2011. (vol. 4).

DINAMARCO, Cândido R. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. 400 p.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009a. (Vol. 1).

_____. **A Instrumentalidade do Processo**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009b.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009c. (Vol. 3).

FLEURY FILHO, Luiz Antonio. Anotações a margem do nascedouro e uma lei transcendental: reminiscências da origem da ação civil pública. In: MILARÉ, Edis (Coord.). **A ação civil pública: após 25 anos**. São Paulo: 2010.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. A tutela coletiva do século XXI e sua inserção no paradigma jurídico emergente. In: MILARÉ, Edis (Coord.). **A ação civil pública: após 25 anos**. São Paulo: 2010.

GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: RT, 2007.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. (Vol. 1).

GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação civil pública no STJ. **Revista de Processo**, v. 99, 2000. p. 9-26.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Coisa julgada: considerações sobre os limites objetivos e a eficácia preclusiva da coisa julgada. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, v. 16, 2002, p. 22-29.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Coisa julgada erga omnes, secundum eventum litis e securium probationem. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 126. ago. 2005, p. 9-21.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Coisa julgada e terceiros. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre: Magister, v.12, maio, 2006, p. 5-13.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A ação civil pública refém do autoritarismo**. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9171-9170-1-PB.htm>>. Acesso em 17 nov. 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MULLENIX, Linda; WATANABE, Kazuo. **Os processos coletivos nos países de civil law e common law**: uma análise de direito comparado. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini; NERY JUNIOR, Nelson; WATANABE, Kazuo. **Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**: Processo Coletivo (arts. 81 a 104 e 109 a 119). 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, 2011. (Vol. 2).

JUCOVSKY, Vera Lucia R. S.. **Ação civil pública na atualidade**: alguns aspectos polêmicos. In: MILARÉ, Edis (Coord.). **A ação civil pública**: após 25 anos. São Paulo: 2010.

LA BRADBURY, Leonardo Cacao Santos. Estados liberal, social e democrático de direito: noções, afinidades e fundamentos. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1252, 5 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9241>>. Acesso em: 08 ago. 2012.

LEAL, Marcio Flávio Mafra. **Ações coletivas**: história, teoria e prática. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**: e outros escritos sobre a coisa julgada (com aditamentos relativos ao direito brasileiro). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. xiv, 332 p.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. 332p

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular**: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011a.

_____. **Ação civil pública**: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores (Lei 7.347/85 e legislação complementar). 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011b.

_____. **Jurisdição Coletiva e coisa julgada**: teoria das ações coletivas. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARINONI, Luis Guilherme. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do processo. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. (Vol. 1).

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Direito processual do trabalho**: doutrina e prática forense. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente consumidor e outros interesses difusos e coletivos. 25. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MILARÉ, Edis. **Ação civil pública**: lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MITIDIERO, Daniel Francisco. Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva. **Genesis - revista de direito processual civil**, Curitiba: GENESIS, v. 29, jul. 2003, p. 450-490.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. A coisa julgada erga omnes nas ações coletivas (código do consumidor) e a Lei 9.494/97. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, v. 53, jan. 2005, p. 107-134.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na constituição federal de 1988. Considerações acerca de duas décadas de alterações da Lei n. 7.347/85. In: MILARÉ Edis (Coord.). **A ação civil pública: após 25 anos**. São Paulo: 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROCHA Jr., Paulo Sérgio Duarte da. Breves comentários ao crime do art. 10 da Lei n. 7.347/85. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; H. FILHO, Tarcísio Humberto P.; CAZETTA, Ubiratan (Coords.). **A ação civil pública: 20 anos da Lei n. 7.347/85**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Anotações acerca da ação civil pública como uma ação constitucional**. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; H. FILHO, Tarcísio Humberto P.; CAZETTA, Ubiratan (Coords.). **A ação civil pública: 20 anos da Lei n. 7.347/85**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ROQUE, André Vasconcelos. Origens históricas da tutela coletiva: da action popularis romana às class actions norte americanas. **Revista de processo**. v. 35, n. 188, out. 2010. p. 101-146.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. rev.e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SOUZA, Luiz Antônio de. A tutela jurisdicional coletiva e sua efetividade. In: MILARÉ, Edis (Coord.). **A ação civil pública**: após 25 anos. São Paulo: 2010.

TALAVERA, Glauber Moreno. A coisa julgada no sistema do código de defesa do consumidor. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo: RT , v. 14., jul. 2004, p. 137-170.

THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. **Curso de direito processual civil**. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. (Vol. 1).

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Coisa julgada: pluralidade e unicidade (Súmula nº 401 do STJ). **Revista magister de direito civil e processual civil**. Porto Alegre, v. 6, n.35. mar./abr. 2010, p. 75-92.

VENTURI, Elton. **O problema conceitual da tutela coletiva**: a proteção dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos segundo o projeto de lei n. 5.130-2009. Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 171-205.

VIANA, Flávia Batista. Algumas considerações sobre as *class actions* norte-americanas (pequenos contrapontos com as ações coletivas brasileiras). **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 33, n. 159, maio 2008, p. 93-117.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Tutela jurisdicional coletiva**. São Paulo: Atlas, 1998. 195 p.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela dos direitos coletivos e tutela coletiva dos direitos. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.